

Tribunal Arbitral
de
La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las
Comunicaciones

Contra

Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.

y

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecisiete (2017)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones** (en adelante “Demandante”, “Convocante” “el Ministerio” o “MINTIC”) como parte demandante y las sociedades **Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.** (en adelante “Demandada”, “Convocada” o “Comcel”) y **Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.** (en adelante “Demandada”, “Convocada” o “Telefónica”) como parte demandada, después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente laudo con el cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral y en sus respectivas contestaciones, previos los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES

1 PARTES Y REPRESENTANTES

1.1. PARTE DEMANDANTE

La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, representada al momento de presentar la demanda por la doctora **Margareth Sofía Silva Montaña**, en su condición de Jefe de la oficina Asesora Jurídica, nombrada en el cargo mediante Resolución 1396 del 10 de julio de 2015 y posesionada mediante Acta No. 78 de julio 13 de 2015, quien se encontraba facultada para representar judicialmente a la entidad y constituir apoderados, según consta en el numeral 3 del artículo 10 de la Resolución 3454 del 28 de diciembre de 2015.¹

¹ Folios 66 a 72 del C. Principal No. 1.

En este trámite arbitral la parte demandante está representada judicialmente por el abogado **Gabriel De Vega Pinzón** de acuerdo con el poder visible a folios 65 y 66 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 11 de mayo de 2016.

1.2. PARTE DEMANDADA

La parte demandada está conformada por:

1.2.1. **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 588 del 14 de febrero de 1992, otorgada en la Notaría Quince (15) del Círculo de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por la doctora Hilda María Pardo Hasche, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá².

En este trámite arbitral la parte demandada está representada judicialmente por el abogado **Jaime Humberto Tobar Ordóñez**, de acuerdo con el poder visible a folio 145 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 11 de mayo de 2016.

1.2.2. **Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.**, sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 1331 del 16 de junio de 2003, otorgada en la Notaría Veintidós (22) del Círculo de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por la doctora Martha Elena Ruiz Díaz-Granados, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

En este trámite arbitral la parte demandada está representada judicialmente por el abogado **Juan Carlos Esguerra Portocarrero**, de acuerdo con el poder visible a folio 168 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 11 de mayo de 2016.

1.3. OTROS INTERVINIENTES

El presente trámite arbitral también ha contado con la intervención de las siguientes entidades:

1.3.1. **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** (en adelante “la Agencia” o “ANDJE”), representada por el doctor **Samuel Francisco Chalela Ortiz**, según poder que obra a folios 244 a 253 del Cuaderno Principal No. 1.

1.3.2. **Procuraduría General de la Nación**, entidad que ha estado representada por el doctor **Luis Alfonso Botero Chica**, Procurador 134 Judicial II para Asuntos Administrativos.

² Folios 88 a 95 del C. Principal No. 1.

³ Folios 73 a 87 del C. Principal No. 1.

2 EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento está contenido en la cláusula cuadragésima tercera respectivamente contenida en los Contratos de Concesión No. 000001, 000002, 000003 celebrados por el Ministerio de Comunicaciones el 28 de marzo de 1994, que generan obligaciones para Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P y dicho Ministerio, y en los contratos No. 000004, 000005 y 000006 también celebrados por el Ministerio de Comunicaciones en tal fecha, que generan obligaciones para Comcel S.A. y dicho Ministerio, cláusula que a la letra dispone:

“Las controversias relativas a la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del presente contrato y que no puedan ser resueltas directamente por las partes, las someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento. El Tribunal estará integrado por 3 miembros y su fallo será en derecho; el modo de su designación y su funcionamiento se someterá a las disposiciones legales vigentes.”

3 CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal Arbitral convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

- a. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria citada, el 16 de febrero de 2016 “MINTIC” presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria del tribunal arbitral⁴.
- b. Mediante designación realizada de común acuerdo por las partes⁵, el Tribunal quedó integrado por los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, María Teresa Palacio Jaramillo y Jorge Pinzón Sánchez, quienes aceptaron su designación en la debida oportunidad, y dieron cumplimiento a lo previsto en los artículos 8 y 15 de la Ley 1563 de 2012.
- c. El 11 de mayo de 2016, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁶ en la que se designó como Presidente al doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía. Mediante Auto No. 1 el Tribunal se declaró legalmente instalado, nombró Secretaria, reconoció personería a los apoderados de las partes, así como al apoderado de la ANDJE y fijó el lugar de funcionamiento y sede del mismo, así como lo relacionado con el uso de los medios electrónicos conforme lo dispone el art. 23 de la ley 1563.

⁴ Folios 1 a 43 del C. Principal No. 1.

⁵ Folio 167 del C. Principal No. 1.

⁶ Folios 240 a 243 del C. Principal No. 1.

De otra parte, mediante Auto No. 2 el Tribunal admitió la demanda arbitral y ordenó su notificación y traslado. Las notificaciones se surtieron a todas las partes intervinientes al finalizar la mencionada audiencia.⁷

- d. El 1 de julio de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad para ello, las sociedades Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP⁸ y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.⁹, radicarón cada una su escrito de contestación a la demanda.
- e. El 6 de julio de 2016, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones propuestas en dichas contestaciones.
- f. El 12 de julio de 2016, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado radicó dos memoriales en los que respectivamente se pronunció sobre las excepciones contenidas en las contestaciones a la demanda presentadas por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP¹⁰ y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.¹¹
- g. El 13 de julio de 2016 la parte demandante radicó un memorial en el que se pronuncia respecto de las excepciones contenidas en las contestaciones de la demanda formuladas por Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y solicitó la práctica de pruebas adicionales.¹²
- h. El 3 de agosto de 2016¹³ se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la que no se logró acuerdo alguno entre las partes. Ante el cierre de la etapa conciliatoria, el Tribunal fijó los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que en su totalidad fueron pagadas por las partes en la debida oportunidad.

4 LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

4.1 PRETENSIONES

Con apoyo en los hechos y en la normatividad invocada en la demanda arbitral, MINTIC ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“1. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL DE LA REVERSIÓN

“1.1. Que se declare que la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA-REVERSIÓN de

⁷ Folios 254 a 257 del C. Principal No. 1.

⁸ Folios 1 a 35 del C. Principal No. 2.

⁹ Folios 36 a 168 del C. Principal No. 2.

¹⁰ Folios 170 a 177 del C. Principal No. 2

¹¹ Folios 178 a 186 del C. Principal No. 2.

¹² Folios 187 a 209 del C. Principal No. 2

¹³ Folios 176 a 181 del C. Principal No. 2.

los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006¹⁴ celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para los operadores celulares mencionados, conforme lo establecen los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano.”

“1.2. Que, como consecuencia de la declaración anterior y de conformidad con lo establecido en la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA-REVERSIÓN de los Contratos de Concesión 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 se disponga que las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. deben revertir a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, sin que se genere compensación alguna, todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013.”

“1.3. Que, como consecuencia de la orden de reversión, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. cumplir con la “obligación de dar” los respectivos bienes a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y efectuar su entrega real y material.”

“1.4. Que como consecuencia de la orden de reversión y con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., efectuar las cesiones de posición contractual que se requieran en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, por recaer los respectivos contratos sobre elementos o bienes que están siendo usados para poder explotar bienes afectos a la reversión.”

“1.5 Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y/o COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. no disponen de las unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se les ordene abonar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, los respectivos daños y perjuicios.”

“2. DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS

¹⁴ En esencia todos los contratos son coincidentes y las condiciones pactadas con los concesionarios guardan similitud.

“2.1. Que se liquiden judicialmente los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994 celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.”

“3. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN POR EL EQUIVALENTE ECONÓMICO

“Que, en el evento de no ser posible acceder las pretensiones del Capítulo 1 relativas a la cláusula de reversión a favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES de los elementos, equipos, estructuras y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la debida prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, por razón de probarse dentro del proceso, que ello no es posible sin afectar la continuidad de la prestación del servicio, o en el evento de probarse causas imputables a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y/o COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., o bien, demostrarse la ocurrencia de otra causa legal o técnica, se ordene en su lugar, el pago de la respectiva compensación económica, así:

“3.1. Se condene a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico de los elementos y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013, en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda conforme los contratos 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994. “

“4. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR CONCURRENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADICIONALES

“Que, en caso que alguna parte de la infraestructura instalada esté siendo empleada para la prestación de servicios adicionales a los concesionados inicialmente, en aras de la continuidad de la prestación del servicio, se solicita condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S., según sea del caso, a efectuar en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, las correspondientes compensaciones económicas en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda, conforme los contratos 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994.”

“5. SOBRE LA “RESTITUCIÓN” DE ACTIVOS INSTALADOS PARA PAGAR EL ESPECTRO ADICIONAL OTORGADO A LOS CONCESIONARIOS

“5.1. Que se declare que los bienes, elementos e infraestructura adquiridos, instalados y construidos por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. hoy COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, necesarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas por el MINISTERIO en cumplimiento de la “obligación de hacer” de conformidad con la modificación a los Contratos de Concesión números 000001, 00002 y 00003 de fecha 28 de marzo de 2005, son de **propiedad** de la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.”

“5.2. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a **restituir** a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, tales bienes, elementos e infraestructura.

“5.3. Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., no dispone de las unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se le ordene abonar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, los respectivos daños y perjuicios.”

“5.4. Que como consecuencia de la anterior declaración y en el evento que no pueda cumplirse esa obligación sin afectar la continuidad en la prestación del servicio o por cualquier otra razón imputable al obligado, u otra razón legal o técnica, se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar a la NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico correspondiente a tales activos.”

“5.5. Que se declare que los bienes, elementos e infraestructura adquiridos, instalados y construidos, necesarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas por el MINISTERIO en cumplimiento de la “obligación de hacer” para pagar el espectro adicional otorgado a COMCEL S.A., OCCEL S.A., Y CELCARIBE S.A., de conformidad con la modificación a los Contratos de Concesión números 000004, 00005 y 00006 de fecha 30 de diciembre de 2004, son de **propiedad** de la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.”

“5.6. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a **restituir** a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES tales bienes, elementos e infraestructura.”

“5.7. Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., no se dispone de las

unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se le ordene abonar a la NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES los respectivos daños y perjuicios.”

“5.8. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y en el evento que no pueda cumplirse la obligación de restitución sin afectar el servicio o por cualquier otra razón imputable al obligado, u otra razón legal o técnica, se condene a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico correspondiente a tales bienes, elementos e infraestructura.”

“6. COMUNES A LAS ANTERIORES

“6.1. Que sobre los montos de la condena que imponga el Tribunal, se condene a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., en lo que a cada uno corresponda, lo respectivos intereses moratorios, desde la fecha del laudo hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Asimismo, la condena se actualizará de acuerdo con el índice de precios aplicable, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.”

“6.2. Que se condene a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., a pagar a favor de la NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, en lo que a cada uno de ellos corresponda, las costas y agencias en derecho del presente proceso.”

4.2 HECHOS

El *petitum* de la demanda se sustentó en los siguientes hechos:

“HECHOS RELACIONADOS CON LA SUSCRIPCIÓN Y DESARROLLO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN 000001, 000002 y 000003 del 28 de marzo de 1994

“Hecho No. 1.- El Ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, mediante la Resolución No. 3618 de 1993, ordenó la apertura para el 8 de noviembre del mismo año, de la Licitación Pública No. 045 de 1993, con el fin de seleccionar el concesionario para adjudicarle un contrato de concesión con el objeto de introducir, establecer y prestar en Colombia el servicio de telefonía móvil celular.

“Hecho No. 2.- El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993 señaló en la SECCIÓN II- CONDICIONES TÉCNICAS, lo siguiente:

“La presente sección describe las características técnicas y operativas que deberá poseer la red de telefonía móvil celular.

“La primera parte de la sección define los **aspectos mínimos y deseables** que deberá poseer la red. La segunda parte describe en detalle la información que el proponente debe suministrar y la forma en la cual será evaluada.” (Se resalta).

“Hecho No. 3.- En relación con los aspectos mínimos y deseables que deberá poseer la red, la primera parte del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993 de la Sección denominada “REQUISITOS TÉCNICOS Y OPERACIÓN BÁSICA”, dispuso lo siguiente:

“1.1.1 Estándar AMPS- El equipo utilizado para proveer el servicio de telefonía móvil celular debe ser totalmente compatible con las normas EIA/TIA 553, EIA IS-20 y otras normas industriales apropiadas para los equipos de la tecnología AMPS. El sistema instalado debe ser compatible con otros sistemas estándares AMPS que se autoricen en la presente concesión”.

1.1.2 Equipo Nuevo- equipo empleado para la construcción de la red debe ser nuevo, de la última versión tecnológica comercializada por el fabricante, ofreciendo compatibilidad y posibilidad de migración técnica a nuevas características y normas”;

...

1.1.5 Espectro de Frecuencias Disponible- “Los dos sistemas celulares deben utilizar solamente el espectro indicado a continuación para proporcionar el servicio de telefonía móvil celular:

Red A

Móvil transmite:	825.030 .> 834.990 MHz (333 canales)
	845.010 .> 846.480 MHz (50 canales)
	824.040 .> 825.000 MHz (33 canales)
EB transmite:	870.030 .> 879.990 MHz (333 canales)
	890.010 .> 891.480 MHz (50 canales)
	869.040 .> 870.000 MHz (33 canales)

Red B

Móvil transmite:	835.020 .> 844.980 MHz (333 canales)
	846.510 .> 848.970 MHz (83 canales)
EB transmite:	880.020 .> 889.980 MHz (333 canales)
	891.510 .> 893.970 MHz (83 canales)

“Además, la ubicación de canales dentro del espectro y las emisiones espúreas deben cumplir las normas EIA/TIA 553 e IS-20 del estándar AMPS.”

“Hecho No. 4.- En cuanto a los “Planes de Expansión”, el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993, señaló en la Sección II, relativa a los aspectos mínimos y “deseables” que debería poseer la red, lo siguiente:

“1.3.1 Plan Mínimo de Expansión: “el operador debe cumplir con un plan mínimo de expansión para el servicio de telefonía móvil celular. Este plan debe indicar:

“1.3.1.1 Municipios que deberán ser cubiertos por el operador bajo el plan mínimo de expansión.

“1.3.1.2 Fecha Mínima de Servicio para cada Municipio. Año en el cual cada uno de los municipios indicados deberán poseer servicio de telefonía celular.

“1.3.1.3 Capacidad mínima total del sistema en cada uno de los años. Esta capacidad viene dada por el número mínimo de abonados que debe poder servir el sistema celular en el área.

“1.3.2 Cobertura de Vías -en el área de concesiones incluidas dentro del plan de expansión.

“1.3.3 Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales- Con el objeto de prestar servicio a los municipios con mayores índices de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) se desarrollará un plan de expansión denominado Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales.

“Los operadores deberán presentar un plan de expansión del servicio en condiciones especiales que cubra los municipios indicados en el cuadro 3.3 para el área respectiva de la propuesta”.

“Hecho No. 5.- El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993 contemplaba un “Plan de Modernización del Sistema” en la Sección II, relativa a los aspectos mínimos y deseables que debería poseer la red, en los siguientes términos:

“1.4.1 Adopción del Estándar Digital Nacional. Dos años después del inicio de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones indicará el estándar tecnológico digital a adoptar para la telefonía celular en Colombia. La adopción de este estándar se basará en la evolución tecnológica y las normas emitidas mundialmente, haciendo énfasis en el estándar que presente mayores ventajas para el país.

“1.4.2. Mínima Cobertura Digital. Los concesionarios aceptarán el estándar seleccionado y deberán proveer el servicio digital de acuerdo con los valores mínimos presentados en el siguiente cronograma:

“Fin del año de la concesión	% de células
3	10

5

30

8

50

“Si el pronunciamiento del Ministerio de Comunicaciones se retrasa, el cronograma anterior se pospondrá en un período de tiempo igual a la demora generada.

“Las células a las que se prestara el servicio digital serán aquellas donde exista la mayor demanda y el número de canales digitales en cada una de ellas será suficiente para mantener el grado de servicio para los abonados digitales (Modo Dual) dentro del área de cobertura.

“El operador podrá desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez a la establecida en el cronograma, siempre y cuando adopte el estándar nacional y mantenga el grado de servicio mínimo para todos sus abonados, tanto digitales como análogos.

“El operador se hará responsable por el cumplimiento del cronograma propuesto, y este será un criterio de evaluación de su desempeño”.

“Hecho No. 6.- *En cuanto al contenido de la Propuesta como tal, el numeral 2 de la Sección II del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993, señaló entre otros, los siguientes:*

“El proponente debe entregar la información descrita en los siguientes puntos y llenar el cuadro 3.4. El cuadro 3.5 muestra el formato que será utilizado para evaluar la oferta técnica indicando el peso específico de cada tópico.

“2.1 Tecnología y Equipo

“2.1.1 Estándar AMPS. El proponente deberá entregar una descripción completa de los equipos y sus especificaciones para verificar el cumplimiento con las normas AMPS. Adicionalmente, se deben entregar descripciones y especificaciones para todos los equipos de transmisión, conmutación, control, suministro de energía y alarmas. Todo el equipo debe ser completamente compatible con el estándar AMPS o de lo contrario la propuesta será descalificada.

“2.1.2 Equipo Nuevo- La información solicitada en el numeral 2.1.1 debe incluir fabricante, modelo, versión, opciones y fecha de fabricación. El proponente deberá suministrar equipo nuevo (No usado previamente o reconstruido) y deberá corresponder a la versión comercial más reciente ofrecida por el fabricante, en caso contrario la propuesta será descalificada.

....

“2.3. Planes de Expansión

“El proponente deberá presentar un plan de expansión que será considerado únicamente si presenta la información técnica de soporte relacionada con la implantación del sistema, según se describe en los puntos siguientes. Consecuentemente, el proponente será automáticamente descalificado de la licitación si no presenta los planes de implantación del sistema.

“2.3.1 Plan Mínimo de Expansión. *El proponente se compromete a desarrollar el plan mínimo de expansión brindando la capacidad mínima de abonados para cada año del periodo de concesión.*

“El proponente no recibirá mayor puntaje por ofrecer capacidad adicional o por agregar otros municipios del área (cuadro 3.1b) que no se encuentren en el plan mínimo; simplemente se le aprobará o desaprobará el plan de expansión dependiendo del cumplimiento con los requisitos mínimos.

“El cuadro 3.1a indica el plan mínimo de expansión. El proponente deberá distribuir la capacidad del sistema entre los distintos municipios de manera que cumpla con el mínimo total exigido para el área y con el año mínimo de puesta en marcha del servicio para cada municipio. La suma de las capacidades en cada municipio para cada uno de los años deberá ser siempre mayor o igual que la capacidad total exigida.

“El proponente deberá llenar el Cuadro 3a de la presente sección, indicando:

“2.3.1.1. Municipios a ser cubiertos- *La capacidad del sistema para cada uno de los municipios indicados, para cada uno de los diez (10) años de la concesión.*

“2.3.1.2 Puesta en Servicio para cada Municipio- *La capacidad del sistema para cada uno de los municipios, que deberá existir al vencimiento del período de tiempo establecido.*

“2.3.1.3. Cumplimiento con capacidades anuales mínimas para cada área- *La capacidad total, suma de las capacidades para cada uno de los municipios en los años de la concesión, que deberá ser mayor o igual que el mínimo exigido, indicado en el cuadro para el periodo correspondiente.*

“El proponente que no cumpla con la capacidad mínima para cada uno de los años y los tiempos mínimos requeridos de puesta en marcha del servicio en los municipios indicados, quedará automáticamente descalificado de la licitación, siendo el cumplimiento del plan mínimo de expansión un Requisito Indispensable.

“Al quinto año de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones revisará en conjunto con los operadores, el plan mínimo de expansión para los últimos cinco (5) años de la concesión con el

objeto de revisar la vigencia de los mismos, dadas las nuevas condiciones del entorno del país para ese entonces.

“2.3.2 Cobertura de Vías principales- El proponente indicará en el cuadro 3.2 el plan de cobertura de vías en el área de la propuesta. El anexo 4 contiene un mapa ilustrado las vías (sic) que deben ser consideradas en el plan de expansión.

“El proponente recibirá puntos de acuerdo a porcentaje del total de kilómetros que se compromete a cubrir, así:

% KILÓMETROS	PUNTOS
0-10	0
11-60	5
61-100	10

“2.3.3. Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales- ver numeral 1.3.2¹⁵. El proponente ofrecerá un monto (en la Oferta Económica Sección IV) por el Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales presentado, monto que estará dispuesto a pagar al Ministerio de Comunicaciones para el desarrollo de dicho Plan de Expansión.

“El monto a ser ofrecido por el proponente para el desarrollo del Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales se sumará al monto ofrecido por la concesión y el total determinará el valor de la oferta económica.

“El Gobierno se reservará el derecho de desarrollar el Plan de Expansión del Servicio en Condiciones Especiales por cuenta propia, a través de contratistas o del concesionario, por el monto ofrecido, cuando así lo determine la Nación”.

“Hecho No. 7.- En la Sección IV del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993, se reguló lo relacionado con la Oferta Económica, en los siguientes términos:

“1. BASES DE LA OFERTA

“El proponente deberá establecer como Oferta Económica el precio que está dispuesto a pagar al Ministerio de Comunicaciones por el derecho a explotar el servicio de telefonía móvil celular en el área y red de concesión a la cual está aspirando, bajo los lineamientos y condiciones especificadas en este pliego de condiciones.

“Esta Oferta se compone de dos elementos: El valor de los Derechos de Concesión y el valor para la financiación del Plan de Expansión del

¹⁵ 1.3.2 **Cobertura de Vías.** - en el área de concesión incluida del plan de expansión.

Servicio en Condiciones Especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

1.1 Derechos de Concesión:

“Es el pago que el licitante adjudicatario deberá cancelar por una sola vez al Ministerio de Comunicaciones dentro de los diez (10) días siguientes al perfeccionamiento del contrato, por el derecho de prestar el servicio de telefonía móvil celular durante el período de la Concesión.

“El proponente cuenta con la suficiente libertad y autonomía para ofertar la cifra que estime más conveniente, considerando los otros costos e ingresos proyectados en sus estudios de factibilidad.

1.2 Plan de Expansión en Condiciones Especiales

“Es el monto que el proponente está dispuesto a pagar al Ministerio de Comunicaciones para financiar la ejecución del Plan de Expansión en Condiciones Especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, de conformidad con el Decreto No. 2061 de 1993 y lo estipulado en la Sección II del presente Pliego de Condiciones.

1.3 Valor Total de la Oferta

“El valor total de la Oferta resultará de sumar el monto ofrecido por el proponente por concepto del Plan de Expansión en Condiciones Especiales y el monto ofrecido por los Derechos de Concesión”.

“Hecho No. 8.- Mediante la Resolución No. 078 de 1994, el Ministerio de Comunicaciones hoy MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, adjudicó la Licitación Pública No. 045 de 1993 a la UNIÓN TEMPORAL CELUMOVIL S.A-CELUMOVIL DE LA COSTA S.A. y a la COMPAÑÍA CELULAR DE COLOMBIA COCELCO S.A., previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal efecto.

“Hecho No. 9.- El Ministerio de Comunicaciones hoy MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES celebró los Contratos de Concesión No. 000001 y 000002 del 28 de marzo de 1994 con la UNIÓN TEMPORAL CELUMÓVIL S.A. –CELUMÓVIL DE LA COSTA S.A. y 000003 del 28 de marzo de 1994 con la COMPAÑÍA CELULAR DE COLOMBIA COCELCO S.A., cuyo objeto fue conferir a los concesionarios, actualmente COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., la facultad para prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia, en la red B de las áreas Oriental, Costa Atlántica y Occidental respectivamente, como servicio de telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al concesionario constituye su elemento principal, de

conformidad con los artículos 14 del Decreto 1900 de 1990 y 1º de la Ley 37 de 1993, vigentes al momento de la celebración de los contratos.

“Hecho No. 10.- En los Contratos de Concesión No. 00001 y 000002 del 28 de marzo de 1994 celebrados entre el MINISTERIO DE COMUNICACIONES y la UNIÓN TEMPORAL CELUMÓVIL S.A. –CELUMÓVIL DE LA COSTA S.A. y 000003 del 28 de marzo de 1994 con la COMPAÑÍA CELULAR DE COLOMBIA COCELCO S.A., las partes señalaron expresamente que procedían a celebrar **“el contrato estatal de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con sujeción a las normas legales y reglamentarias”**.

“Hecho No. 11.-La cláusula primera común a los Contratos de Concesión 00001, 000002 y 000003 del 28 de marzo de 1994 estableció el objeto de los mismos, en los siguientes términos:

“OBJETO. El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica, entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al CONCESIONARIO constituye su elemento principal (art. 14 del Decreto 1900 y el art. 1º de la ley 37 de 1993).

“Hecho No. 12.- El parágrafo 1º de la cláusula primera del Contrato de Concesión 000001 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red B y en el área Oriental, en las bandas de frecuencia asignada de 835.020 a 844.980 MHz y 846.510 a 848.970 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 880.020 a 889.980 MHz y 891.510 a 893.970 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 13.- El parágrafo 1º de la cláusula primera del Contrato de Concesión 000002 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red B y en el área de la Costa Atlántica, en las bandas de frecuencia asignada de 835.020 a 844.980 MHz y 846.510 a 848.970 MHz para transmisión desde la estación móvil

hacia la estación base, y de 880.020 a 889.980 MHz y 891.510 a 893.970 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 14.- *El párrafo 1º de la cláusula primera del Contrato de Concesión 000003 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:*

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red B y en el área Occidental, en las bandas de frecuencia asignada de 835.020 a 844.980 MHz y 846.510 a 848.970 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 880.020 a 889.980 MHz y 891.510 a 893.970 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 15.- *El párrafo 2º de la cláusula primera común a los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 precisó que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, las redes de telefonía móvil celular forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado. Lo anterior, en los siguientes términos:*

“PARÁGRAFO 2º.- Las redes de telefonía móvil celular que se instalen en desarrollo de este contrato, lo mismo que sus ampliaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado de conformidad con los artículos 14, 15 y 23 del Decreto 1900 de 1990 y el artículo 5º y 6º del Decreto 741 de 1993”.

“Hecho No. 16.- *En la cláusula segunda de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció que el término de duración de la concesión sería de diez (10) años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento de los mismos. Igualmente, se estableció en el párrafo, que la concesión sería prorrogable por otros 10 años siempre y cuando el concesionario hubiera cumplido a cabalidad las obligaciones emanadas del contrato.*

“Hecho No. 17.- *En la cláusula sexta de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció el valor y la forma de pago de la concesión por el término de diez (10) años. Dicho valor resultaba de una suma por derechos de concesión, más otra suma por la financiación del plan de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.*

“Hecho No. 18.- *La cláusula séptima de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 por la cual se reguló el tema de las TARIFAS PERIÓDICAS DE CONTRAPRESTACIÓN (con las modificaciones introducidas*

el 18 de agosto de 1995 para los contratos 000001 y 000002 de 1994 y el 28 de agosto de 1995 para el contrato 000003 de 1994; y modificada nuevamente el 28 de marzo de 2005), estableció que, además del precio indicado en la cláusula sexta, el concesionario debía cancelar trimestralmente al Ministerio de Comunicaciones por derecho a la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas una suma equivalente al 5% de los ingresos brutos mensuales de la empresa, calculada según las reglas fijadas en la misma cláusula.

“Hecho No. 19.- En la cláusula novena de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció que para la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concesionario debería utilizar la tecnología AMPS, cumpliendo como mínimo las normas establecidas en el Pliego de Condiciones. Igualmente se estableció que el equipo empleado para la construcción de la red debía ser nuevo de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo compatibilidad y posibilidad de migración técnica a nuevas características y normas compatibles con el estándar AMPS.

“Hecho No. 20.- En la cláusula décima séptima de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció que el concesionario se obligaba a digitalizar su red de acuerdo con el estándar que indicara el Ministerio de Comunicaciones cumpliendo con el cronograma establecido en el Pliego de Condiciones. El operador podía desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez al establecido en el cronograma o podría ofrecer cualquier tipo de servicio digital desde la iniciación de la construcción de la red, siempre y cuando asegurara: -La compatibilidad con las normas AMPS. - La adopción del estándar digital nacional, aunque este fuera distinto al instalado inicialmente. -Mantener el grado de servicio mínimo para todos sus suscriptores, tanto digitales como análogos. Adicionalmente, se estableció en el párrafo que cumplidos dos años después de la iniciación de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones indicaría el estándar tecnológico digital a adoptar para la telefonía móvil celular en Colombia.

“Hecho No. 21.- En la cláusula décima octava de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se estableció que el concesionario se obligaba a ofrecer el servicio de “roaming”, de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones.

“Hecho No. 22.- En la cláusula décima novena de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se establecieron las obligaciones del concesionario, entre ellas la de establecer y prestar por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red correspondientes, para lo cual debía instalar, mantener y operar la respectiva red. Así mismo, se consagró la obligación de ejecutar el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular de acuerdo con el cronograma presentado en la propuesta. Igualmente, en el párrafo se estableció que, durante el segundo semestre del quinto año de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones revisaría conjuntamente con el concesionario, el plan mínimo de expansión propuesto por éste, para los últimos 5 años de concesión, con el

objeto de determinar si era necesario reajustarlo, en consideración a las nuevas condiciones del entorno del país para ese entonces.

“Hecho No. 23.- *En los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 se pactó la REVERSIÓN en la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA, cuyo alcance y contenido no sufrió modificación alguna durante la ejecución contractual y cuyo texto es el siguiente:*

“REVERSIÓN. *- Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, pasarán a ser propiedad de la Nación –MINISTERIO DE COMUNICACIONES sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna”.*

“Hecho No. 24.- *Mediante Circular del 28 de marzo de 1996, el Ministerio de Comunicaciones indicó, que “deja a los concesionarios de telefonía móvil celular en libertad de adoptar cualquier estándar tecnológico digital, siempre y cuando los operadores aseguren el cumplimiento de las condiciones técnicas, estipuladas en los Contratos de Concesión”, atendido lo cual, el concesionario de los contratos 000001, 000002 y 000003 de 1994 migró al estándar digital TDMA.*

“Hecho No. 25.- *El 30 de enero de 1997 se introdujo una modificación a la cláusula segunda-DURACIÓN de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 y se establecieron las condiciones económicas de la prórroga, las cuales consistieron en el pago de una suma por una sola vez, por los diez (10) años de la prórroga, pagadera en forma anticipada el 30 de junio de 1997 y el 30 de noviembre del mismo año y se estableció que durante la prórroga el concesionario seguiría pagando la tarifa periódica de la contraprestación establecida en la cláusula séptima de los contratos.*

“Hecho No. 26.- *Considerando la fusión de los miembros de la Unión Temporal Celumóvil S.A. y Celumóvil de la Costa S.A., se introdujo el 2 de diciembre de 1997 modificación a los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 en el sentido tener para todos los efectos legales y contractuales a CELUMOVIL S.A., como parte contratista y en consecuencia como el concesionario para la prestación del servicio en la Red B Área Oriental, Área de la Costa Atlántica y Área Occidental, respectivamente.*

“Hecho No. 27.- *Considerando el cambio de nombre de “CELUMOVIL S.A.”, por “BELLSOUTH COLOMBIA S.A.”, se introdujo el 1o de febrero de 2002 modificación a los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 en el sentido tener para todos los efectos legales y contractuales a BELLSOUTH COLOMBIA S.A. como parte contratista y en consecuencia como el concesionario para la prestación del servicio en la Red B Área Oriental, Área de la Costa Atlántica y Área Occidental, respectivamente.*

“Hecho No. 28.- *El 20 de diciembre de 2002 se modificaron los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 en sus cláusulas novena TECNOLOGÍA Y EQUIPO; décima primera. - RELACIONES CON EL*

SUSCRIPTOR; décima séptima DIGITALIZACIÓN y décima octava-ROAMING. De esta manera, se estableció que, para la prestación del servicio de telefonía celular, el concesionario podría utilizar el estándar tecnológico de su elección, siempre y cuando cumpliera con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, empleando para la construcción de la red equipo nuevo, de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo posibilidad de migración técnica a nuevas tecnologías. Igualmente se estipuló que el concesionario debía mantener una capacidad de red disponible en el estándar TDMA, que fuese suficiente para un nivel de servicio a suscriptores, actuales o futuros que desearan mantener esa tecnología. Igualmente se pactó en relación con la obligación de digitalización, que el concesionario se comprometía a utilizar en su red estándares tecnológicos digitales, salvo lo que sea necesario mantener en el estándar AMPS para garantizar el servicio a los suscriptores que permanecieran en esa tecnología. Y finalmente, en relación con el servicio de “roaming” el concesionario se comprometió a garantizar tanto el “hand-off” como el roaming automáticos a nivel nacional.

“Hecho No. 29.- El 26 de marzo de 2004 las partes procedieron a formalizar la prórroga de los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 00003 de 1994 manifestando en la cláusula segunda, que el término de duración de dicha prórroga, sería de diez (10) años contados a partir del 29 de marzo de 2004 hasta el 28 de marzo del 2014.

“Hecho No. 30.- BELLSOUTH COLOMBIA S.A. cambió su nombre a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. mediante escritura pública 120 del 21 de enero de 2005 y posteriormente, mediante escritura pública 1751 del 29 de junio de 2012, la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP se fusionó con la sociedad TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (Absorbida), la cual se disolvió sin liquidarse. En atención a lo anterior, con oficio radicado con el número 487451 del 16 de julio de 2012, el concesionario solicitó al Ministerio, la modificación de los contratos 000001, 000002 y 00003 de 1994, la cual se formalizó el 1º de marzo de 2013 reconociendo en su cláusula primera que para todos los efectos de los Contratos de Concesión suscritos entre las partes, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP es el concesionario para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la Red B Área Oriental, Área de la Costa Atlántica y Área Occidental, respectivamente, y que todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos permanecen vigentes sin solución de continuidad y sin modificación alguna.

“HECHOS RELACIONADOS CON LA SUSCRIPCIÓN Y DESARROLLO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN 000004, 000005, 000006 del 28 de marzo de 1994

“Hecho No. 31.- El Ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones, mediante la Resolución No. 3619 de 1993, ordenó la apertura para el 8 de noviembre del mismo año, de la Licitación Pública No. 046 de 1993, con el fin de seleccionar el concesionario para adjudicarle un contrato de concesión con el objeto de introducir, establecer y prestar en Colombia el servicio de telefonía móvil celular.

“Hecho No. 32.- El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 046 de 1993 es de contenido similar al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 045 de 1993 en lo relativo a las condiciones técnicas y operativas que debía poseer la red de telefonía móvil celular, el contenido de la propuesta y las bases de la oferta.

“Hecho No. 33.- Mediante la Resolución No. 000282 de 1994, el Ministerio de Comunicaciones hoy MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, adjudicó la Licitación Pública No. 046 de 1993 a COMCEL S.A., OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. previó el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal efecto.

“Hecho No. 34.- El Ministerio de Comunicaciones hoy MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES celebró el 28 de marzo de 1994, los Contratos de Concesión No. 000004 con COMCEL S.A., 000005 con OCCEL S.A., y 000006 con CELCARIBE S.A., cuyo objeto fue conferir a los concesionarios, actualmente COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., la facultad para prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia, en la red A de las áreas Oriental, Occidental y Costa Atlántica respectivamente, como servicio de telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al concesionario constituye su elemento principal, de conformidad con los artículos 14 del Decreto 1900 de 1990 y 1º de la Ley 37 de 1993, vigentes al momento de la celebración de los contratos.

“Hecho No. 35.- En los Contratos de Concesión No. 00004, 000005 y 00006 del 28 de marzo de 1994 celebrados entre el MINISTERIO DE COMUNICACIONES y COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A., respectivamente, las partes señalaron expresamente que procedían a celebrar **“el contrato estatal de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con sujeción a las normas legales y reglamentarias”**.

“Hecho No. 36.- La cláusula primera común a los Contratos de Concesión 00004, 000005 y 000006 del 28 de marzo de 1994 estableció el objeto de los mismos, en los siguientes términos:

“OBJETO. El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica, entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado al CONCESIONARIO constituye su elemento principal (art. 14 del Decreto 1900 y el art. 1º de la ley 37 de 1993).

“Hecho No. 37.- El párrafo 1º de la cláusula primera del Contrato de Concesión 000004 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red A y en el área Oriental, en las bandas de frecuencia asignada de 824.040 a 825.000 MHz, 825.030 a 834.990 MHz y 845.010 a 846.480 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 869.040 a 870.000 MHz, 870.030 a 879.990 MHz y 890.010 a 891.480 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 38.- El párrafo 1º del artículo 1º del Contrato de Concesión 000005 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red A y en el área Occidental, en las bandas de frecuencia asignada de 824.040 a 825.000 MHz, 825.030 a 834.990 MHz y 845.010 a 846.480 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 869.040 a 870.000 MHz, 870.030 a 879.990 MHz y 890.010 a 891.480 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 39.- El párrafo 1º de la cláusula primera del Contrato de Concesión 000006 de 1994, señaló el área del país en la cual se prestaría el servicio de telefonía móvil celular y las bandas de frecuencias asignadas al efecto. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 1º. El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red A y en el área de la Costa Atlántica, en las bandas de frecuencias asignada de 824.040 a 825.000 MHz, 825.030 a 834.990 MHz y 845.010 a 846.480 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 869.040 a 870.000 MHz, 870.030 a 879.990 MHz y 890.010 a 891.480 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias”.

“Hecho No. 40.- El párrafo 2º de la cláusula primera común a los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 precisó que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, las redes de telefonía móvil celular forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado. Lo anterior, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 2º.- Las redes de telefonía móvil celular que se instalen en desarrollo de este contrato, lo mismo que sus ampliaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado de conformidad con los artículos 14, 15 y 23 del Decreto 1900 de 1990 y el artículo 5º y 6º del Decreto 741 de 1993”.

“Hecho No. 41.- *En la cláusula segunda de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se estableció que el término de duración de la concesión sería de diez (10) años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento de los mismos. Igualmente, se estableció en el párrafo, que la concesión sería prorrogable por otros 10 años siempre y cuando el concesionario hubiera cumplido a cabalidad las obligaciones emanadas del contrato.*

“Hecho No. 42.- *En la cláusula sexta de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se estableció el valor y la forma de pago de la concesión por el término de diez (10) años. Dicho valor resultaba de una suma por derechos de concesión, más otra suma por la financiación del plan de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.*

“Hecho No. 43.- *La cláusula séptima de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 (con las modificaciones introducidas el 28 de agosto de 1995, y el 30 de diciembre de 2004), estableció que, además del precio indicado en la cláusula sexta de los contratos, el concesionario debía cancelar trimestralmente al Ministerio por derecho a la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas una suma equivalente al 5% de los ingresos brutos mensuales de la empresa, calculada según las reglas fijadas en la misma cláusula.*

“Hecho No. 44.- *En la cláusula novena de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se estableció que para la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concesionario debería utilizar la tecnología AMPS, cumpliendo como mínimo las normas establecidas en el Pliego de Condiciones. Igualmente se estableció que el equipo empleado para la construcción de la red debía ser nuevo de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo compatibilidad y posibilidad de migración técnica a nuevas características y normas compatibles con el estándar AMPS.*

“Hecho No. 45.- *En la cláusula décima séptima de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se estableció que el concesionario se obligaba a digitalizar su red de acuerdo con el estándar que indicara el Ministerio de Comunicaciones cumpliendo con el cronograma establecido en el Pliego de Condiciones. El operador podía desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez al establecido en el cronograma o podría ofrecer cualquier tipo de servicio digital desde la iniciación de la construcción de la red, siempre y cuando asegurara: -La compatibilidad con las normas AMPS. - La adopción del estándar digital nacional, aunque este fuera distinto al instalado inicialmente. -Mantener el*

grado de servicio mínimo para todos sus suscriptores, tanto digitales como análogos. Adicionalmente, se estableció en el párrafo que cumplidos dos años después de la iniciación de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones indicaría el estándar tecnológico digital a adoptar para la telefonía móvil celular en Colombia.

“Hecho No. 46.- *En la cláusula décima octava de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se estableció que el concesionario se obligaba a ofrecer el servicio de “roaming”, de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones.*

“Hecho No. 47.- *En la cláusula décima novena de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se establecieron las obligaciones del concesionario, entre ellas la de establecer y prestar por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red correspondientes, para lo cual debía instalar, mantener y operar la respectiva red. Así mismo, se consagró la obligación de ejecutar el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular de acuerdo con el cronograma presentado en la propuesta. Igualmente, en el párrafo se estableció que, durante el segundo semestre del quinto año de la concesión, el Ministerio de Comunicaciones revisaría conjuntamente con el concesionario, el plan mínimo de expansión propuesto por éste, para los últimos 5 años de concesión, con el objeto de determinar si era necesario reajustarlo, en consideración a las nuevas condiciones del entorno del país para ese entonces.*

“Hecho No. 48.- *En los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 se pactó la REVERSIÓN (cláusula TRIGÉSIMA TERCERA), cuyo alcance y contenido no sufrió modificación alguna durante la ejecución contractual y cuyo texto es el siguiente:*

“REVERSIÓN. *- Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, pasarán a ser propiedad de la Nación –MINISTERIO DE COMUNICACIONES sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna”.*

“Hecho No. 49.- *Mediante Circular del 28 de marzo de 1996, el Ministerio de Comunicaciones indicó, que “deja a los concesionarios de telefonía móvil celular en libertad de adoptar cualquier estándar tecnológico digital, siempre y cuando los operadores aseguren el cumplimiento de las condiciones técnicas, estipuladas en los contratos de concesión”, atendido lo cual, el concesionario de los contratos 000004, 000005 y 000006 migró al estándar digital TDMA.*

“Hecho No. 50.- *El 30 de enero de 1997 se introdujo una modificación a la cláusula segunda-DURACIÓN de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 y se establecieron las condiciones económicas de la prórroga, las cuales consistieron en el pago de una suma por una sola vez, por los diez años de la prórroga, pagadera en forma anticipada el 30 de junio de 1997 y el 30 de noviembre del mismo año y se estableció que durante la prórroga el*

concesionario seguiría pagando la tarifa periódica de la contraprestación establecida en la cláusula séptima de los contratos.

“Hecho No. 51.- *Mediante modificatorio del 25 de febrero de 2003 al contrato 000006 de 1994 y mediante modificatorio del 20 de diciembre de 2002 a los Contratos de Concesión 000004 y 000005 de 1994, se estableció que, para la prestación del servicio de telefonía celular, el concesionario podría utilizar el estándar tecnológico de su elección, siempre y cuando cumpliera con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, empleando para la construcción de la red equipo nuevo, de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo posibilidad de migración técnica a nuevas tecnologías. Igualmente se estipuló que el concesionario debía mantener una capacidad de red disponible en el estándar TDMA, que fuese suficiente para un nivel de servicio a suscriptores, actuales o futuros que desearan mantener esa tecnología. Igualmente se pactó en relación con la obligación de digitalización, que el concesionario se comprometía a utilizar en su red estándares tecnológicos digitales, salvo lo que sea necesario mantener en el estándar AMPS para garantizar el servicio a los suscriptores que permanecieran en esa tecnología. Y finalmente, en relación con el servicio de “roaming” el concesionario se comprometió a garantizar tanto el “hand-off” como el roaming automáticos a nivel nacional.*

“Hecho No. 52.- *El 26 de marzo de 2004 las partes procedieron a formalizar la prórroga de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 manifestando en la cláusula segunda que el término de duración de dicha prórroga, sería de diez (10) años contados a partir del 29 de marzo de 2004 hasta el 28 de marzo del 2014.*

“Hecho No. 53.- *Por Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 otorgada en la Notaría Veinticinco de Bogotá, la sociedad COMCEL S.A. mediante fusión absorbió a las sociedades OCCEL S.A y a CELCARIBE S.A., y el 20 de enero de 2005 informó de tal hecho al Ministerio de Comunicaciones, solicitando a su vez, la modificación de los Contratos de Concesión de telefonía móvil celular 000004, 000005 y 000006 de 1994.*

“Hecho No. 54.- *Mediante modificación de los Contratos de Concesión 000005 y 000006 de 1994, llevada a cabo el 30 de junio de 2005, las partes declararon que para efectos de los Contratos de Concesión el CONCESIONARIO en adelante sería COMCEL S.A.*

“Hecho No. 55.- *El 24 de diciembre de 2009 el Ministerio de Comunicaciones y COMCEL S.A. acordaron modificar el Anexo Técnico a que hacía referencia la cláusula séptima de la formalización de la prórroga de los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 suscrita el 26 de marzo de 2004, y así mismo, modificaron el numeral 6 de la cláusula décimo novena de tales contratos.*

“HECHOS RELACIONADOS CON LA RESTITUCIÓN DE ACTIVOS INSTALADOS COMO MEDIO DE PAGO DE ESPECTRO ADICIONAL

OTORGADO A LOS CONCESIONARIOS RESPECTO DE LOS CONTRATOS 000001, 000002 Y 00003 DEL 28 DE MARZO DE 1994

“Hecho No. 56- TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. solicitó al Ministerio de Comunicaciones la adjudicación de espectro adicional cumpliendo con el lleno de los requisitos establecidos en el Decreto 4234 de 2004 y mediante la Resolución No. 000508 del 28 de marzo de 2005 le fueron asignadas las bandas de frecuencia de 1870,00 MHz a 1877,50 MHz y de 1950,00 MHz a 1957,50 para su uso y explotación durante la vigencia de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en el área de servicio autorizada de conformidad con los contratos 000001, 000002 y 00003 de 1994.

“Hecho No. 57.- El 28 de marzo de 2005 se suscribieron entre el Ministerio de Comunicaciones y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. sendas modificaciones a los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 estableciendo en cada uno la asignación de espectro adicional al concesionario. Al efecto, se pactó adicionar el valor de los contratos por dicho concepto, el cual sería determinado por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones. El valor que arrojase dicho estudio sería **pagado** por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. mediante el cumplimiento de una “obligación de hacer”, consiste en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el anexo No. 1 de los acuerdos modificatorios, actividad que se cumpliría dentro del año siguiente a la firma de los mismos.

“Hecho No. 58.- Igualmente en tales acuerdos modificatorios de los contratos 000001, 000002 y 00003 de 1994 se estableció que el plan de expansión contenido en el anexo 1, sería cubierto entre los tres concesionarios de la red B, y se aclaró que, para la época, el CONCESIONARIO de esas tres zonas era TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Por lo tanto, se pactó que el concesionario reconocía y aceptaba que la cantidad de kilómetros que sería cubierta no guardase estricta relación con cada una de las áreas de concesión. En consecuencia, los 1.500 km podrían estar ubicados en una de las áreas, en dos de ellas, o en proporciones diferentes en las tres áreas y el concesionario se comprometía a no presentar reclamación por ese hecho particular (parágrafo 1 cláusula segunda).

“Hecho No. 59.- TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. cubrió con el servicio de telefonía móvil celular, las rutas indicadas en el anexo 1 de los acuerdos modificatorios de los contratos 000001, 000002 y 000003 de 1994.

“Hecho No. 60.- No obstante haberse terminado los Contratos de Concesión números 000001, 000002, y 000003 desde el 28 de noviembre de 2013, TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no ha restituido al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES los activos instalados en cumplimiento de la “obligación de hacer”, como **medio de pago** del espectro adicional asignado por el Ministerio de Comunicaciones.

“RESPECTO DE LOS CONTRATOS 000004, 000005 y 000006 DE 1994

“Hecho No. 61.- COMCEL S.A. solicitó al Ministerio de Comunicaciones la adjudicación de espectro adicional, cumpliendo con el lleno de los requisitos establecidos en el Decreto 4234 de 2004 y mediante Resolución No. 2720 del 30 de diciembre de 2004 le fueron asignadas las bandas de frecuencia de 1877,50 MHz a 1885,00 MHz y de 1957,50 MHz a 1965,00 para su uso y explotación durante la vigencia de la concesión en la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en la red A, ÁREA ORIENTAL, de conformidad con el contrato 000004 del 28 de marzo de 1994.

“Hecho No. 62.- El 30 de diciembre de 2004 se suscribió entre el Ministerio de Comunicaciones y COMCEL S.A. modificación al Contrato de Concesión 000004, consignando la asignación de espectro adicional al concesionario. Como consecuencia, se pactó adicionar el valor del contrato por dicho concepto, el cual sería determinado por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones. El valor que arroja dicho estudio sería pagado por COMCEL S.A. mediante el cumplimiento de una “obligación de hacer”, consiste en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el anexo No. 1 del otro sí, actividad que se cumpliría dentro del año siguiente a la firma de la modificación.

“Hecho No. 63.- En el acuerdo modificatorio también se estableció que el plan de expansión contenido en el anexo 1 sería cubierto entre los tres concesionarios de la red A, COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A. Por lo tanto, COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A. reconocieron y aceptaron que la cantidad de kilómetros que sería cubierta por cada uno de ellos no guardara estricta relación con el área de su concesión. En consecuencia, los 1.500 km podrían estar ubicados en una de las áreas, en dos de ellas, o en proporciones diferentes en las tres áreas, y los concesionarios se comprometieron a no presentar reclamación por este hecho particular.

“Hecho No. 64.- OCCEL S.A. solicitó al Ministerio de Comunicaciones la adjudicación de espectro adicional, cumpliendo con el lleno de los requisitos establecidos en el Decreto 4234 de 2004, y mediante Resolución No. 2720 del 30 de diciembre de 2004 le fueron asignadas las bandas de frecuencia de 1877,50 MHz a 1885,00 MHz y de 1957,50 MHz a 1965,00 para su explotación y uso durante la vigencia de la concesión, en la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en la red A, ÁREA OCCIDENTAL, de conformidad con el contrato 000005 de 1994.

“Hecho No. 65.- El 30 de diciembre de 2004 se suscribió entre el Ministerio de Comunicaciones y OCCEL S.A. modificación al Contrato de Concesión 000005, consignando la asignación de espectro adicional al concesionario. Como consecuencia, se pactó adicionar el valor del contrato por dicho concepto, el cual sería determinado por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones. El valor que arroja dicho estudio sería pagado por OCCEL S.A. mediante el cumplimiento de una “obligación de hacer”, consiste en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el

anexo No. 1 del otro sí, actividad que se cumpliría dentro del año siguiente a la firma de la modificación.

“Hecho No. 66.- *En el acuerdo modificadorio también se estableció que el plan de expansión contenido en el anexo 1 sería cubierto entre los tres concesionarios de la red A, COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A. Por lo tanto, COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A. reconocieron y aceptaron que la cantidad de kilómetros que sería cubierta por cada uno de ellos no guardara estricta relación con el área de su concesión. En consecuencia, los 1.500 km podrían estar ubicados en una de las áreas, en dos de ellas, o en proporciones diferentes en las tres áreas, y los concesionarios se comprometieron a no presentar reclamación por este hecho particular.*

“Hecho No. 67.- *CELCARIBE S.A. solicitó al Ministerio de Comunicaciones la adjudicación de espectro adicional, cumpliendo con el lleno de los requisitos establecidos en el Decreto 4234 de 2004, y mediante Resolución No. 2720 del 30 de diciembre de 2004 le fueron asignadas las bandas de frecuencia de 1877,50 MHz a 1885,00 MHz y de 1957,50 MHz a 1965,00 para su explotación y uso durante la vigencia de la concesión, en la prestación del servicio de telefonía móvil celular, en la red A, ÁREA COSTA ATLÁNTICA, de conformidad con el contrato 000006 del 28 de marzo de 1994.*

“Hecho No. 68.- *El 30 de diciembre de 2004 se suscribió entre el Ministerio de Comunicaciones y CELCARIBE S.A. modificación al Contrato de Concesión 000006, estableciendo la asignación de espectro adicional al concesionario. Como consecuencia, se pactó adicionar el valor del contrato por dicho concepto, el cual sería determinado por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones. El valor que arrojase dicho estudio sería pagado por CELCARIBE S.A. mediante el cumplimiento de una “obligación de hacer”, consiste en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el anexo No. 1 del otro sí, actividad que se cumpliría dentro del año siguiente a la firma de la modificación.*

“Hecho No. 69.- *En el acuerdo modificadorio también se estableció que el plan de expansión contenido en el anexo 1 sería cubierto entre los tres concesionarios de la red A, COMCEL S.A., OCCEL S.A Y CELCARIBE S.A. Por lo tanto, COMCEL S.A., OCCEL S.A. Y CELCARIBE S.A. reconocieron y aceptaron que la cantidad de kilómetros que sería cubierta por cada uno de ellos no guardara estricta relación con el área de su concesión. En consecuencia, los 1.500 km podrían estar ubicados en una de las áreas, en dos de ellas, o en proporciones diferentes en las tres áreas, y los concesionarios se comprometieron a no presentar reclamación por este hecho particular.*

“Hecho No. 70. *Las rutas indicadas en el anexo 1 de los acuerdos modificadorios del 30 de diciembre de 2004 de los contratos de concesión 000004, 000005 y 000006, fueron cubiertas con el servicio de telefonía móvil celular, quedando de esta forma pagado el valor del espectro adicional*

asignado a COMCEL S.A., OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A.

“Hecho No. 71.- No obstante haberse terminado los Contratos de Concesión 00004, 00005 y 00006 desde el 28 de noviembre de 2013, COMCEL S.A. (sociedad que mediante fusión absorbió a OCCEL S.A. y CELARIBE S.A.), no ha restituido al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, los activos instalados en cumplimiento de la “obligación de hacer”, como **medio de pago** del espectro adicional asignado por el Ministerio de Comunicaciones.

“HECHOS RELACIONADOS CON LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y EL TRAMITE DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN 000001, 000002, 00003, 000004, 000005 Y 000006 DE 1994

“Hecho No. 72.- El régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 dispuso que a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de su entrada en vigencia que se acogieran o se les aplicara el régimen de autorización general previsto en la misma, se les renovarían los permisos para el uso de los recursos escasos, de acuerdo con los términos de su título habilitante, permisos y autorizaciones respectivos y que vencido éstos, deberían acogerse a lo estipulado en el artículo 12 de la misma ley. De la misma manera señaló, que la decisión de acogerse al régimen de habilitación general conllevaba necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones y no generaba derecho de reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este.

“Hecho No. 73.- COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP mediante comunicación radicada bajo el número 579352 del 28 de noviembre de 2013, informó al Ministerio su voluntad de acogerse al régimen de habilitación general respecto de los servicios de telefonía móvil celular y solicitó la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico en virtud de lo dispuesto en los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009, así como en virtud del artículo 5º del Decreto 2044 de 2013.

“Hecho No. 74.- Que, en virtud de lo anterior, los Contratos de Concesión 000001, 000002 y 000003 de 1994 terminaron de forma anticipada el 28 de noviembre de 2013 de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 y a partir de esa fecha inició el término para su liquidación.

“Hecho No. 75.- COMCEL S.A. mediante comunicación radicada bajo el número 579196 del 28 de noviembre de 2013, informó al Ministerio su voluntad de acogerse al régimen de habilitación general respecto de los servicios de telefonía móvil celular y solicitó la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico en virtud de lo dispuesto en los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009, así como en virtud del artículo 5º del Decreto 2044 de 2013.

“Hecho No. 76.- Que, en virtud de lo anterior, los Contratos de Concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994 terminaron de forma anticipada el 28 de

noviembre de 2013 de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 y a partir de esa fecha inició el término para su liquidación.

“Hecho No. 77.- El párrafo transitorio del artículo 6º del Decreto 2044 del 19 de septiembre de 2013, estableció que “Cuando se conozca el texto íntegro de la Sentencia C-555 de 2013 de la Honorable Corte Constitucional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá los criterios de liquidación de los respectivos contratos”.

“Hecho No. 78.- La Corte Constitucional profirió la Sentencia C-555 de 2013, que dispuso “Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los Contratos de Concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”.

“Hecho No. 79.- Conforme lo establecido en su cláusula CUADRAGÉSIMA CUARTA común a los Contratos de Concesión 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006, para la liquidación de los contratos se tendría un término de seis (6) meses contados a partir de la terminación de los mismos.

“Hecho No. 80.- Una vez iniciado el proceso de liquidación de mutuo acuerdo y dada su complejidad, el 7 de mayo de 2014 las Partes de los contratos 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994 acordaron prorrogar el término de la liquidación bilateral en doce (12) meses más, contados a partir del 29 de mayo de 2014.

“Hecho No. 81.- Mediante documento firmado entre las Partes el 14 de mayo de 2015, se acordó prorrogar el término de la liquidación bilateral de los contratos 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994 en seis (6) meses más, contados a partir del 30 de mayo de 2015.

“Hecho No. 82.- Mediante acta suscrita entre las Partes el 30 de noviembre de 2015 se acordó prorrogar el término de la liquidación bilateral de los contratos 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994, en dos (2) meses más, contados a partir del 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de enero de 2016.

“Hecho No. 83.- Mediante acta suscrita entre las Partes el 29 de enero de 2016 se acordó prorrogar el término de la liquidación bilateral de los contratos 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994 en quince (15) días calendario más, contados a partir del 1 de febrero de 2016 y hasta el 15 de febrero de 2016.

“Hecho No. 84.- La Convocante, junto con los concesionarios COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y COMCEL S.A. llevaron a cabo múltiples mesas de trabajo para lograr la liquidación bilateral de los contratos de concesión 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994, sin que finalmente fuera posible llegar a suscribir de mutuo acuerdo el acta de su liquidación.

“Hecho No. 85.- *El MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES no hizo uso de su facultad de terminación unilateral de los contratos de concesión 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994.*

4.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

Al contestar la demanda “TELEFÓNICA” se opuso a todas las pretensiones formuladas y admitió algunos como ciertos incluyendo precisiones sobre los mismos y respecto de otros señaló que no podían considerarse hechos.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. “Caducidad de la acción.”
2. “Ausencia de derecho a obtener una reversión sobre bienes distintos del espectro.”
 - “a. En los pliegos de condiciones no se establecieron estipulaciones precisas y detalladas sobre la reversión.
 - “b. En el Contrato solo se tiene una cláusula que no detalla el alcance de la obligación.
 - “c. Las disposiciones legales sobre la materia no establecían de manera clara y precisa la reversión en este tipo de contratos.”
3. “Ausencia de derecho a obtener una reversión con el alcance indicado por La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”
 - “a. El entendimiento de las estipulaciones contractuales en relación con otros servicios.
 - “b. La situación del estándar tecnológico digital.
 - “c. No puede haber obligación de revertir bienes distintos de los realmente afectos a las frecuencias radioeléctricas, esto es a la red de acceso.
 - “d. La discusión sobre la propiedad de las redes.
 - “e. Imposibilidad de cumplimiento.”
4. “Derecho a una compensación.”
5. “Prescripción.”
6. “En la liquidación del contrato deben incluirse los valores que le adeuda La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a Telefónica.”

4.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

Al contestar la demanda la “COMCEL” se opuso a todas las pretensiones y en su pronunciamiento sobre los hechos, admitió algunos como ciertos, incluyendo en determinados casos precisiones sobre los mismos, indicó sobre otros que no le constaban y rechazó otros.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. “Cosa juzgada de las diferencias surgidas entre MINTIC y COMCEL.
 - i. Los laudos arbitrales anteriores.
 - ii. Identidad jurídica de partes.
 - iii. Identidad de objeto.
 - iv. Identidad de causa.
 - v. Conclusión: Existencia de cosa juzgada.”
2. “Cumplimiento del contrato. Lo único que debía revertir Comcel era el espectro radioeléctrico.”
3. “Indebida interpretación de la Corte Constitucional.”
4. “Reversión exclusiva del espectro radioeléctrico a cargo de Comcel, por interpretación de la Cláusula 33 de los contratos.”
5. “Error Communis Facit Ius.”
6. “Violación al régimen de buena fe y confianza legítima.
 - i. Violación a las expectativas legítimas de Comcel.
 - ii. Violación al *venire contra factum proprium non valet*.
7. “La obligación de Comcel bajo los contratos obligaban a revertir –antes del cambio legislativo- exclusivamente lo relacionado a la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta la estación base y viceversa dentro del plan mínimo de expansión.”
8. “La reversión pretendida por la convocante es técnicamente imposible e implicaría un desequilibrio económico del contrato.
 - 4.4.1** Inconveniencia e imposibilidad técnica de la reversión pretendida.
 - 4.4.2** Desequilibrio económico del contrato.”
9. “Inexistencia de obligación de dar los bienes empleados para el pago del precio del espectro adicional entregados en las modificaciones al contrato del 30 de diciembre de 2004.”
10. “Inexistencia de daños y perjuicios.”

11. “Excepción genérica.”

II. ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE¹⁶

El 29 de agosto de 2016 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que, previas las consideraciones del caso y tras memorar el pacto arbitral y las consideraciones sobre la competencia del Tribunal, mediante Auto No. 8 este se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

2 ETAPA PROBATORIA

Por Auto No. 9 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y por la ANDJE en las oportunidades procesales dispuestas en la ley y para el efecto, la etapa probatoria se desarrolló así:

2.1. PRUEBAS DOCUMENTALES

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley. Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados, los provenientes de las exhibiciones de documentos decretadas y aquellos aportados por algunos de los testigos.

2.2. DICTÁMENES PERICIALES

Se decretaron y practicaron dos dictámenes periciales, así:

- Un dictamen pericial a cargo de un **perito financiero**¹⁷ de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por la firma **Valora Consultoría SAS**, designada por el Tribunal. De dicho dictamen se corrió traslado a las partes, quienes solicitaron aclaración y complementación al mismo, la cual fue rendida en tiempo por el perito. Adicionalmente el perito rindió declaración en los términos previstos en el artículo 31 de la ley 1563 de 2012. Dicha diligencia tuvo lugar el 7 de junio de 2017.
- Un dictamen pericial **técnico**¹⁸ de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por la firma **Asitec SAS** designada por el Tribunal. De

¹⁶ Acta No. 6, folios 1 a 29 del C. Principal No. 3.

¹⁷ C. de Pruebas No. 28 y 34.

¹⁸ C. de Pruebas No. 29 y 35.

dicho dictamen se corrió traslado a las partes que solicitaron aclaración y complementación al mismo, la cual fue rendida en tiempo por el señor perito. Adicionalmente el perito rindió declaración ante el Tribunal, en los términos previstos en el artículo 31 de la ley 1563 de 2012. Dicha diligencia tuvo lugar el 7 de junio de 2017.

- A efectos de controvertir los dictámenes periciales rendidos por las firmas Valora Consultoría SAS y Asitec SAS, las partes aportaron las siguientes Experticias:
 - La parte demandante aportó un documento denominado “*DICTAMEN PERICIAL DE CONTRADICCIÓN EN EL MARCO DEL PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR MINTIC CONTRA COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. Y COMCEL*” elaborado por la Universidad Nacional de Colombia, con el cual se controvierten los dictámenes periciales financiero y técnico presentados al trámite arbitral por los peritos VALORA, AXON y ASITEC.”¹⁹
 - La parte demandada “TELEFÓNICA” aportó dos documentos elaborados por la firma Axon Partners Group Consulting SL.²⁰
 - La parte demandada “COMCEL” aportó una experticia elaborada por la firma Analysys Mason.²¹

El Tribunal citó a los responsables de las experticias aportadas por las partes, para que en los términos del Art. 31 de la ley 1563 de 2012 rindieran declaración, diligencia que tuvo lugar el día 8 de junio de 2017.

2.3. EXPERTICIA

En los términos del artículo 227 del CGP, en su valor legal, se ordenó tener como prueba el Dictamen Pericial aportado con la demanda, rendido por peritos de la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Ingeniería.²²

Para efectos de lo dispuesto en el Art. 228 del CGP, rindieron declaración los expertos Javier Leonardo Araque Quijano, Juan Diego Ortiz Ortiz, José Félix Vega Stavro y Luis Ernesto Villareal Navarro, diligencia que se llevó a cabo en audiencia celebrada el 9 de febrero de 2017.²³

2.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Se decretaron y practicaron las siguientes exhibiciones de documentos a cargo de:

- La parte demandante MINTIC.

¹⁹ C. de Pruebas No. 36 folios 133 a 284.

²⁰ Folios 114 a 177 del C. Principal No. 4 y folios 131 y 132 del C. de Pruebas No. 36

²¹ C. de Pruebas No. 36 Folio 1 a 130.

²² Folios 1 a 112 del C. de Pruebas No. 1.

²³ Acta No. 18, folios 379 y 380 del C. Principal No. 3.

- La parte demandada COMCEL S.A.
- La parte demandada TELEFÓNICA.
- El Departamento Nacional de Planeación.
- La Corte Constitucional.

Los documentos aportados con motivo de dichas exhibiciones fueron incorporados al expediente.

2.5. TESTIMONIOS

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de las personas que se indican a continuación, cuyas declaraciones fueron grabadas y las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente²⁴.

- El 26 de septiembre de 2016 se recibió el testimonio de la doctora Martha Cediell de Peña. Sobre su testimonio, MINTIC solicitó que al momento de valorar su declaración se tuviera en cuenta la condición del testigo de miembro de la Junta Directiva de TELEFÓNICA.
- El 27 de septiembre de 2016 se recibieron los testimonios de los señores María del Rosario Guerra de la Espriella y Hernán Felipe Cucalón. Sobre este testimonio, la parte demandante solicitó que al momento de valorar su declaración se tuviera en cuenta su condición de Vicepresidente de TELEFÓNICA.
- El 3 de octubre de 2016 se recibieron los testimonios de los señores Saulo Arboleda Gómez, Nohora Vargas de Vial y Omar Gonzalo Sabogal.
- El 4 de octubre de 2016 se recibió el testimonio del señor Lucio Muñoz, declaración respecto de la cual la parte convocante solicitó que al tenor de lo previsto en el artículo 211 del CGP, y por los obvios sentimientos de pertenencia y aprecio que dada su larga vinculación con Comcel pueda tener el testigo por dicha empresa, tal circunstancia fuera tenida en cuenta por el Tribunal en el momento de valorar el testimonio.
- El 5 de octubre de 2016 se recibió el testimonio del señor Juan Carlos Durán.
- El 25 de octubre de 2016 se recibieron los testimonios de los señores Juan Alberto Alayón y Javier Hernando Lara Ospina. Respecto de estas declaraciones, la parte convocante y la ANDJE solicitaron que al tenor de lo dispuesto en el artículo 211 del CGP, la vinculación de estas personas con Comcel fuera tenida en cuenta por el Tribunal en el momento de valorar sus testimonios.

²⁴ C. de Pruebas No. 27.

- El 10 de noviembre de 2016 se recibieron los testimonios de los señores Marta Elena Pinto de De Hart, Camilo Valencia Suescún e Isaac Alfonso Devis. Ospina. Respecto de la declaración del señor Devis, la parte convocante solicitó que al tenor de lo previsto en el artículo 211 del CGP, la vinculación del testigo con Comcel fuera tenida en cuenta por el Tribunal en el momento de valorar su testimonio.
- El 11 de noviembre de 2016 se recibieron los testimonios de los señores Oscar León y Ángela Montoya. Respecto de la declaración del señor León, la parte convocante solicitó que al tenor de lo previsto en el artículo 211 del CGP, dada la vinculación del testigo con Comcel, tal circunstancia fuera tenida en cuenta por el Tribunal en el momento de valorar su testimonio.
- El 15 de noviembre de 2016 se recibieron los testimonios de las señoras Gabriela Posada Vanegas y Flor Ángela Castro Rodríguez.
- El 16 de febrero de 2017 se recibió el testimonio del señor Germán González Reyes.
- El 17 de febrero de 2017 se recibieron los testimonios de los señores Luis Gregorio Leverí Malaver y Daniel López Soler.
- El 2 de marzo de 2017 se recibió el testimonio del señor Fabián Hernández Ramírez, respecto del cual, en los términos de lo previsto por el artículo 211 del CGP la parte convocante formuló tacha del testigo dada su vinculación con Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.
- El 14 de marzo de 2017 se recibió el testimonio del señor Carlos Alberto Torres Rivera, respecto de quien, a partir de lo previsto en el artículo 211 del CGP, la parte convocante formuló tacha del testigo dada su vinculación con Comcel S.A.

Las partes desistieron de la práctica de los testimonios de los señores María Teresa Murcia Celis, Diego Molano Vega, Claudia Acevedo, María del Rosario Sintés Ulloa, Martha Constanza Guerra Rodríguez, Claudia de Francisco, Daniel Medina, Isabel Fajardo, Nicolás Silva, Pedro Hurtado, Carmen Stella Pilimur, Andrés Coral León David Arango, Daniel Santamaría, Hugo Salazar, Patricia Archila, Martín Chocontá, Víctor Manuel Gómez, Juan Carlos Archila, Juan Manuel Castañeda, Luis Carlos Montes, Mauricio Acevedo, Germán Darío Arias Pimiento, Gustavo Tamayo, María Paula Duque, Gabriel Jurado, Hilda María Pardo y José Fernando Bautista

2.6. INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO

A la luz de lo previsto en el Art. 195 del CGP, el Tribunal decretó para ser rendido por el señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, un informe escrito bajo juramento, el cual fue rendido, de conformidad con lo solicitado por la parte demandada COMCEL S.A.²⁵

²⁵ Folios 203 a 314 del C. de Pruebas No. 26.

2.7. OFICIO

Se ofició al **Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones**, para que allegara copia íntegra de todos los documentos y archivos que reposan en su poder donde constara la información acerca de los activos de COMCEL y MOVISTAR afectos a la concesión de telefonía celular desde el momento de la celebración de los respectivos Contratos hasta la finalización de los mismos.

La respuesta obra en el C. de Pruebas No. 26.

2.8. OTRAS PRUEBAS DECRETADAS POR EL TRIBUNAL

- De oficio el Tribunal requirió a las sociedades convocadas para en cada una suministrarán al Tribunal la Descripción Funcional de su respectiva red.

La respuesta obra a folios 1 a 21 del C. de Pruebas No. 25.

- El Tribunal requirió a la parte demandante para que allegara el estudio realizado por esa entidad sobre los aspectos técnicos y económicos que sirvieron para evaluar la conveniencia de conceder o no la prórroga de los contratos objeto del presente trámite arbitral. En respuesta a este requerimiento la parte demandante allegó un documento denominado “Estudio para establecer el valor a pagar por concepto de la prórroga de los contratos de concesión”. Dicho documento se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 26, folios 28 a 57.

3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN²⁶

En audiencia celebrada el 14 de junio de 2016, las partes y la ANDJE alegaron de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente. De igual forma, el doctor Luis Alfonso Botero Chica, representante del Ministerio Público, expuso su correspondiente concepto final, documento que fue incorporado al expediente.

III. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013 como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 29 de agosto de 2016, por lo cual dicho plazo habría vencido el 28 de febrero de 2017.

Sin embargo, por solicitud de las partes y de la ANDJE, el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

²⁶ C. Principal No. 5 y 6.

Término de suspensión - Acta	Días hábiles
Acta No. 6 – Auto No. 12, entre el 30 de agosto y el 22 de septiembre de 2016	18
Acta No. 11 – Auto No. 16, entre el 11 y 18 de octubre de 2016	5
Acta No. 12 – Auto No. 17, entre el 26 de octubre y 9 de noviembre de 2016	9
Acta No. 17 – Auto No. 24, entre el 29 de noviembre y el 21 de diciembre de 2016	16
Acta No. 17 – Auto No. 24, entre el 24 de diciembre de 2016 y el 31 de enero de 2017	26
Acta No. 19 – Auto No. 26, entre el 28 de febrero y 7 de marzo de 2017. No obstante tal suspensión se levantó para efectos de llevar a cabo la audiencia celebrada el 2 de marzo de 2017, por lo que se entiende que la suspensión va entre los días 28 de febrero y 1º de marzo y entre el 3 y el 7 de marzo de 2017.	5
Acta No. 24 – Auto No. 33, entre el 31 de marzo y 16 de mayo de 2017	30
Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	109

El proceso estuvo suspendido durante ciento nueve (109) días hábiles, que sumados a los del término de duración del Tribunal, llevan a concluir que éste vence el catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1 PRESUPUESTOS PROCESALES

Para efectos de la emisión del Laudo se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están cumplidos. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. Así las cosas, la Demandante es la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante “Demandante”, “Convocante” “el “Ministerio” o “MINTIC”), persona jurídica de derecho público. Las demandadas son: (i) Comunicación Celular S.A. (en adelante “Demandada”, “Convocada” o “Comcel”) y (ii) Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP (en adelante “Demandada”, “Convocada” o “Telefónica”), sociedades comerciales debidamente constituidas, con domicilio en la ciudad de Bogotá (conjuntamente en adelante las “Demandadas” o las “Convocadas”). Igualmente, cada parte actuó por conducto de su apoderado debidamente constituido y reconocido en el proceso.

Adicionalmente se encuentra que la demanda reúne las exigencias necesarias para que se pueda definir el conflicto planteado, pues se satisfacen plenamente los requisitos formales previstos en los artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso, por lo que fue admitida al inicio del presente trámite.

Mediante Auto No. 8 del 29 de agosto de 2016, confirmado por el auto No. 9, el

Tribunal se declaró competente para conocer del presente proceso, para lo cual verificó la capacidad de las partes y su debida representación; advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato objeto de controversia; que se trata de una litis sobre asuntos claramente disponibles, y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el Laudo, el Tribunal tenía competencia para tramitar y decidir el litigio. El Tribunal reitera en esta oportunidad procesal dichas consideraciones.

De otra parte, el Tribunal debe precisar que hecho el estudio respectivo ha concluido que para resolver el presente proceso no hay lugar a aplicar una norma supranacional que diera lugar a solicitar una interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia. Adicionalmente, en audiencias celebradas en los días nueve (9) de febrero de 2017, diez (10) de marzo de 2017 y ocho (8) de junio de 2017, con el fin de asegurar el correcto desarrollo del proceso, el Tribunal preguntó a las partes, al apoderado de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y al señor Agente del Ministerio Público si tenían conocimiento de alguna norma supranacional que pudiera generar la necesidad de una solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, a lo que todos los intervinientes contestaron que no creen que haya respecto de este proceso, normas de esa naturaleza que requieran de la solicitud de interpretación a que se alude.

Ahora bien, es pertinente destacar que en la contestación de la Demanda COLOMBIA TELECOMUNICACIONES formuló, entre otras excepciones, la que denominó “Caducidad de la acción” y por su parte Comcel propuso, la que denominó: “*COSA JUZGADA DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE MINTIC Y COMCEL*”. En la medida en que dichos medios de defensa podrían afectar la competencia del Tribunal, el mismo los analizó en la primera audiencia de trámite al decidir sobre su propia competencia.

Como quiera que no se encuentra razón para alterar la decisión que se tomó en dicho momento procesal, considera el Tribunal que debe reiterar lo decidido sobre el particular en la siguiente forma.

1.1 LA CADUCIDAD

Sobre esta excepción en el auto proferido el 29 de agosto de 2016 se dijo lo siguiente:

“3.6. Al respecto expresa Colombia Telecomunicaciones que de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la acción contencioso administrativa, en tratándose de controversias contractuales, debe promoverse dentro de los dos años siguientes a “la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento” (ordinal j del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y agrega que de conformidad con la ley (artículo 19 de la Ley 80) y con lo

estipulado por las partes (Cláusula 33 del Contrato), el derecho a la reversión nació o se hizo exigible con la terminación del contrato, lo que ocurrió el 28 de noviembre de 2013, por lo que la acción se encuentra caducada.

“3.7. Por su parte la Demandante y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se opusieron a dicha excepción sosteniendo que no existe caducidad por tratarse de un contrato que requiere liquidación.

“3.8. Al respecto advierte el Tribunal que el artículo 164, ordinal j), v) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece una regla especial para los contratos que requieren liquidación, como es el que es objeto del presente proceso, y a tal efecto dispone que en los contratos “que requieran de liquidación y ésta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente”, el término de caducidad se cuenta “una vez cumplido el término de dos (2) meses contado a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”. Por consiguiente, a la luz de lo anterior, si se tiene en cuenta que los contratos terminaron el 28 de noviembre de 2013 y que en ellos se pactó un plazo de liquidación de cuatro meses, el plazo de caducidad comenzó a correr el 28 de julio de 2014, por lo que en este momento procesal no encuentra acreditado el Tribunal que haya operado la caducidad.”

El Tribunal reitera que no ha operado la caducidad de la acción, por lo que debe decidir de fondo la controversia planteada.

1.2 COSA JUZGADA

En la providencia del 29 de agosto de 2016 se dijo sobre la cosa juzgada.

“3.9. Por otra parte, al contestar la demanda Comunicación Celular S.A. Comcel invocó que existía cosa juzgada frente al contrato de concesión 000005, en tanto que sobre el mismo existe una decisión arbitral ejecutoriada del 10 de julio de 2000, pues hay identidad partes, objeto y causa. A dicha excepción se opusieron la Demandante y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

“3.10. Al respecto encuentra el Tribunal que no está acreditado que en el presente caso existe cosa juzgada, pues si se revisa el laudo arbitral del 10 de julio de 2000, que se aportó como copia, en dicho proceso la parte Demandada formuló demanda de reconvención en la cual solicitó en la pretensión 3ª que se declarara que se “presentaron circunstancias imprevistas que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del Ministerio de Comunicaciones que alteraron en su contra el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato, derivadas de la expedición por el Congreso de la

República de la Ley 422 de 1998 Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993”. Así mismo solicitó en la pretensión cuarta restablecer el equilibrio económico. Lo anterior partiendo de la ruptura del equilibrio económico por la expedición de la ley 422 de 1998 y la modificación de las reglas de reversión. Ahora bien, en el Laudo referido se expresó en la parte resolutive del mismo: “En relación con las pretensiones 3ª y 4ª principales de la demanda de reconvención, declárase probada la excepción de falta de competencia del tribunal para decidir sobre el alcance de ellas, por las razones expuestas en los considerandos de este laudo.” Por consiguiente, no existe una decisión judicial sobre las pretensiones que en dicho proceso se formularon en relación con la reversión, y por ello en esta etapa procesal no encuentra el Tribunal acreditada la existencia de cosa juzgada.”

Al respecto el Tribunal reitera lo expuesto así como que no existe cosa juzgada que impida un pronunciamiento de fondo.

1.3 CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se desprende que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al Art. 137 del CGP, por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes.

Para este efecto, el Tribunal procederá analizando temáticamente las pretensiones formuladas por la Demandante y las respectivas excepciones de las Demandadas.

2 PRETENSIONES RELATIVAS A LA REVERSIÓN

2.1 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En la demanda que dio inicio al presente proceso se solicitó:

“1. SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL Y CONTRACTUAL DE LA REVERSION

“1.1 Que se declare que la cláusula TRIGESIMA TERCERA-REVERSION de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 00005 y 00006 celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para los operadores celulares mencionados, conforme lo establecen los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano.

“1.2 Que, como consecuencia de la declaración anterior y de conformidad con lo establecido en la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA-REVERSIÓN de los Contratos de Concesión 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 se disponga que las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. deben revertir a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, sin que se genere compensación alguna, todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013.

“1.3 Que, como consecuencia de la orden de reversión, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. cumplir con la "obligación de dar" los respectivos bienes a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y efectuar su entrega real y material.

“1.4 Que como consecuencia de la orden de reversión y con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A., efectuar las cesiones de posición contractual que se requieran en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, por recaer los respectivos contratos sobre elementos o bienes que están siendo usados para poder explotar bienes afectos a la reversión.

“1.5 Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y/o COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. no disponen de las unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se les ordene abonar a la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, los respectivos daños y perjuicios.”

En la misma demanda se formularon como pretensiones subsidiarias las siguientes:

“3. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACIÓN POR EL EQUIVALENTE ECONÓMICO

“Que, en el evento de no ser posible acceder las pretensiones del Capítulo 1 relativas a la cláusula de reversión a favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES de los elementos, equipos, estructuras y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la debida prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, por razón de probarse dentro del proceso, que ello no es posible sin afectar la continuidad de la prestación del servicio, o en el

evento de probarse causas imputables a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y/o COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A., o bien, demostrarse la ocurrencia de otra causa legal o técnica, se ordene en su lugar, el pago de la respectiva compensación económica, así:

“3.1 Se condene a las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. a pagar a la NACIÓN-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico de los elementos y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular durante la totalidad de la ejecución contractual, la cual finalizó el 28 de noviembre de 2013, en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda conforme los contratos 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994.

4. DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COMPENSACION ECONOMICA POR CONCURRENCIA EN LA PRESTACION DE SERVICIOS ADICIONALES

“Que, en caso que alguna parte de la infraestructura instalada esté siendo empleada para la prestación de servicios adicionales a los concesionados inicialmente, en aras de la continuidad de la prestación del servicio, se solicita condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A., según sea del caso, a efectuar en favor del MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, las correspondientes compensaciones económicas en lo que a cada uno de dichos operadores corresponda, conforme los contratos 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994.”

2.2 LA POSICIÓN DE LAS PARTES, LA AGENCIA Y EL MINISTERIO PÚBLICO

2.2.1 La posición del Demandante

Señala la Demandante que en los Contratos de Concesión se pactó en la cláusula trigésima tercera la reversión la cual, por mandato legal (arts. 14 y 19 de la Ley 80 de 1993), e incluso por ser un elemento de la *esencia* de los contratos de concesión, se entiende incluida, así las partes no la hubiesen pactado en forma expresa, como garantía de la adecuada prestación del servicio, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996. Advierte que la referida cláusula, por obedecer su inclusión a un mandato legal, y ser un elemento de la *esencia* del contrato de concesión, no fue modificada por las partes, no obstante el interés que demostraron las convocadas al efecto. Así mismo señala que por decisión de la Corte Constitucional, contenida en la sentencia C-555 de 2013, en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas. Advierte que permitir cualquier interpretación contraria a lo ordenado por

la Corte Constitucional en la mencionada sentencia “(...) desconocería lo establecido en el artículo 75 Superior al conferir un injustificado y desproporcionado privilegio a favor de algunos particulares, lo que podría favorecer prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Tal interpretación redundaría también en un detrimento patrimonial para el Estado”.

Se refiere a la cláusula vigésima novena que invocan las Demandadas para sostener la aplicación de la Ley 422 de 1998 y 1341 de 2009 y señala que de la simple lectura de dicha cláusula se desprende que la misma se refiere al conocimiento que declaran los concesionarios tener sobre las normas en relación con la prestación del servicio de telefonía móvil celular y a la obligación de ajustarse a ellas y a sus posibles modificaciones en virtud de disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, y ello es así porque sobre el contrato de concesión existe la permanente vigilancia del Estado, en cuanto se trata de la prestación de un servicio público, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 365 de la Constitución, según el cual el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos.

Hace mención a la distinción entre los aspectos meramente “contractuales” de los aspectos “normativos del servicio” en los contratos de concesión, y señala que ella es la que permite precisar que la cláusula vigésima novena titulada precisamente “NORMAS REGLAMENTARIAS” y cuyo origen es el artículo 365 de la Constitución Política, que faculta al ente público a mantener el control y regulación de los servicios públicos, mediante la expedición de reglas unilaterales, nada tiene que ver con la reversión que tenía por fuente los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y por supuesto, el acuerdo entre las partes, de carácter vinculante, obligatorio y esencial en los contratos de concesión y cuyo eje central era que, a la terminación de los mismos, el Estado pudiera mantener la continuidad en la prestación del servicio.

Por ello considera inadmisibles los argumentos de que, en virtud de la cláusula vigésima novena contractual, las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, entraron a regir los contratos de concesión en materia de reversión, pues la cláusula trigésima tercera no podía verse modificada sino por voluntad de las partes manifestada con la solemnidad correspondiente al contrato estatal y previa autorización legal, que jamás existió para los contratos celebrados antes de la vigencia de dichas leyes (sentencia C-555 de 2013).

Señala que en todo caso la cláusula que contiene el pacto de reversión no fue modificada por el artículo 4º de la Ley 422 de 1998, ni por el inciso 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, como lo resolvió la Sentencia C-555 de 2013 al “*Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas*”.

Agrega que tampoco es posible acoger la posición de que las partes “consintieron” en que los cambios legislativos afectaban el contenido del contrato, incluyendo la

cláusula de reversión, por el “comportamiento” de las partes a lo largo de la ejecución contractual, pues ellas no podían pactar, ni expresa ni tácitamente, contra un mandato legal imperativo (artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993), ni tampoco eliminar un elemento de la esencia del contrato de concesión, pues en el primer caso tal acuerdo no podría producir efecto alguno, y en el segundo, el contrato de concesión no existiría o mutaría en un contrato diferente.

En relación con el argumento de que la reversión, de acuerdo con el tenor literal de los contratos, solamente es de las frecuencias en la banda de 850 MHz quedando excluida de la reversión la banda de 1900 MHz y que dicha obligación ya fue cumplida, en tanto el espectro ya fue entregado al Estado, señala que el planteamiento que subyace a la excepción, es el de circunscribir la discusión al Plan Mínimo de Expansión, como si el contrato pudiese verse limitado a esa primera etapa de su ejecución y a las frecuencias asignadas hasta 1999. Agrega que no es cierto que el tenor literal cobije únicamente frecuencias en la banda de 850 MHz, en tanto se tienen bandas adicionales en la banda de 1900 MHz, a través de las cuales se ha prestado el servicio concesionado de TMC.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las asignaciones de frecuencias dentro de la vigencia del contrato, en tanto se haya prestado el servicio a través de las mismas, quedaban bajo la habilitación propia del contrato, y no bajo la de la Ley 1341 de 2009, régimen al cual los operadores sólo vinieron a acogerse posteriormente, produciendo la terminación anticipada de los contratos de concesión en noviembre de 2013. De ello entonces sólo habrá de excluirse la tecnología 4G que, si bien fue asignada de manera previa a la terminación de los contratos, sólo fue desplegada con posterioridad a la finalización de los mismos.

Agrega que considerando la evolución de la red de TMC, la adición de 15 MHz en la banda de 1900 MHz en 2011, tuvo un impacto mínimo sobre la infraestructura, pues la gran mayoría de los equipos ya desplegados para operar en los 15 MHz de la misma banda asignados en 2004 pueden usarse sin modificación alguna para atender ese ancho de banda adicional, maximizando el uso de los equipos ya instalados y generando economías de escala.

Advierte que no puede sostenerse que los concesionarios desconocían la existencia y alcance de la Cláusula de Reversión, pues ella era parte de la minuta del contrato y del contrato celebrado, y no fue objeto de ningún cambio en su ejecución. Señala que está claramente demostrado en el expediente que las concesionarias eran conscientes al momento de ofertar y lo fueron durante la ejecución de los contratos, de que lo que debía revertirse a la finalización del Contrato son los elementos y bienes afectos a la concesión a su terminación, y no solo el espectro como lo pretenden ahora.

Se refiere a la “ratio decidendi” de la sentencia de la Corte Constitucional sobre esta materia y señala que no es cierto que sólo podrán ser objeto de reversión aquellos bienes que efectivamente hayan sido amortizados por los contratistas, pues la Corte en todo momento se refirió a que el equilibrio contractual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas, porque los concesionarios tuvieron la oportunidad de hacer los respectivos cálculos

“amortizatorios” para recuperar la inversión durante la ejecución contractual.

Afirma que, en otras palabras, no pueden alegar que como no se amortizó la inversión, no procede la reversión, pues a todas luces tuvo la oportunidad de hacerlo y si no lo hizo, no es procedente ahora alegar su propia incuria para liberarse de la obligación pactada en la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión tal y como reza el principio “**nemo auditur propiam turpitudinem allegans**” que consiste en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Agrega que el equipo de expertos de la Universidad Nacional de Colombia frente a las respuestas ofrecidas por el perito VALORA, señaló que “*en este tipo de contratos no se pactó una rentabilidad, es decir, no es contrato de TIR garantizada. Por lo anterior, considerar remunerar a los concesionarios por una rentabilidad que no está garantizada no se considera procedente, pues modificaría la asignación de riesgos original del contrato*”. (Dictamen Universidad Nacional, pág. 30.)

Por otra parte advierte que lo concesionado fue el “*servicio de telefonía móvil celular*”, tal y como se lee en la cláusula primera común a los contratos, de manera coherente con la definición del artículo 1º de la Ley 37 de 1993 y no el espectro, por lo que aquí no hay interpretación posible. Así lo declararon tanto el mismo Vicepresidente Jurídico de Comcel entre los años 1994 y 1996 como el perito técnico.

Señala que el argumento de que le corresponde al Tribunal encontrar cuál fue la voluntad de las partes manifestada en la cláusula trigésima tercera en cuanto al contenido de la obligación de revertir, y que consiste en la devolución exclusiva del espectro radioeléctrico, desconoce por completo lo decidido por la sentencia C-555 de 2013 que consideró inconstitucional la interpretación del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del numeral 4º del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, en el sentido de que tales normas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia, siendo tales normas las que precisamente, en sentir de Comcel, inspiraron la interpretación de las partes acerca de que el contenido de la reversión se redujo a la devolución de las frecuencias radioeléctricas. Por consiguiente, atribuirle efectos a la supuesta interpretación que hicieron las partes de la cláusula de reversión, para reducirla en su contenido a la simple devolución de las frecuencias radioeléctricas es simplemente inconstitucional.

En cuanto al argumento de que la obligación de revertir operaba exclusivamente en lo relacionado con la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta la estación base y viceversa, dentro del Plan Mínimo de Expansión, advierte que ello resulta de una lectura parcial y descontextualizada del párrafo 1º de la cláusula primera de los contratos, que olvida que el objeto de los mismos apunta a la prestación del “servicio” y que, en ese sentido, los “elementos y bienes” a que se refiere la cláusula de reversión, son los requeridos para la prestación de la integralidad de ese servicio, el que, desde luego, no se puede lograr con la sola “*transmisión desde la estación base hacia la estación móvil y viceversa*”, de conformidad con el pliego de condiciones, el contrato y las normas reglamentarias.

En tal sentido se refiere al dictamen técnico. Señala que para que el Estado pudiese

garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telefonía móvil celular, una vez terminados los contratos de concesión, se incluyó la cláusula de reversión, y su objetivo claramente solo podría cumplirse si se revierten **todos los subsistemas de la red**, como lo explicó el perito técnico.

Agrega que no hay prueba alguna en el expediente que acredite que la reversión estaba condicionada a la infraestructura existente a hitos o fechas del contrato, pues se pactó en relación con los bienes y elementos existentes a la finalización de los contratos y para ello basta la simple lectura de la obligación contenida en la cláusula trigésima tercera. Destaca que el objeto de los contratos, esto es la prestación del servicio de telefonía móvil celular no se agotaba con el cumplimiento del Plan “Mínimo” de Expansión, que como su nombre lo indica, implicaba apenas una parte reducida de una expansión mayor que efectivamente se logró, siempre bajo la habilitación dada a los concesionarios a través de dichos contratos, durante los casi 20 años que duró la concesión.

Indica que cuando el Ministerio verificó que se habían superado los objetivos del Plan “Mínimo” establecidos para los primeros cinco años de la concesión, y efectuados los análisis técnicos correspondientes, el Ministerio consideró que las leyes del mercado eran incentivo suficiente para lograr, durante el resto de la ejecución contractual, la más rápida y eficiente expansión del servicio de telefonía móvil, pues aludiendo expresamente al entorno de “libre competencia” decidió dejar el Plan de Expansión a discreción de los concesionarios.

Plantea que ni de la prueba documental técnica aportada, ni de la pericial practicada, ni de la testimonial rendida, se puede deducir que entre las partes hubo acuerdo alguno que limitara la reversión a la infraestructura existente al Plan Mínimo de Expansión, ni a la red análoga, ni a nada distinto a lo existente al momento de finalizar los contratos de concesión; esto es al 28 de noviembre de 2013, de conformidad con la cláusula trigésima tercera.

Señala que se opone a una reversión limitada a “voz”, en tanto, como ha dejado claro, el perito técnico del proceso, el servicio de TMC comprende, en su acepciones como servicio y como red, ambas cosas, al decir (rta pregunta 6, págs. 115 - 116 dictamen original): *“Por lo tanto, desde el punto de vista técnico, no se puede afirmar que la expresión “Telefonía Móvil Celular” como significado de red se refiere exclusivamente a servicios de voz” (...)* *“es decir que desde el punto de vista técnico, tampoco se puede afirmar en general, que la expresión “Telefonía móvil celular” como significado de servicio se refiera exclusivamente a servicios de voz”*.

En cuanto al argumento de que la reversión pretendida por la Convocante es técnicamente imposible e implicaría un desequilibrio económico del contrato, considera que el mismo no puede admitirse, pues el hecho de que los operadores hayan aprovechado la red desplegada en cumplimiento del objeto de los contratos de concesión para aumentar sus ingresos, utilizándola como soporte de la prestación de una variedad de servicios de telecomunicaciones, en manera alguna puede enervar la cláusula trigésima tercera y deberán por ello, revertir al Estado los bienes y elementos directamente afectos a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, independientemente de que sean usados para la prestación de otros

servicios, respecto de los cuales tengan en la actualidad títulos habilitantes. Agrega que para no afectar la continuidad en el servicio se tiene prevista la posibilidad de pagar una contraprestación al Estado por el uso de los bienes y elementos a revertir, tal y como lo reconocen las Resoluciones 597 y 598 del 28 de marzo de 2014.

De otra parte, en relación con la argumentación de que con la reversión se afectaría de forma grave la prestación del servicio de telefonía móvil y con ello a sus usuarios, pues la reversión de los elementos y bienes objeto del contrato de concesión no es suficiente actualmente para la prestación del servicio, como quiera que dicha tecnología no responde a las necesidades técnicas de hoy para lograr su adecuada satisfacción, indica que lo que se pactó en la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión, es la entrega de los bienes afectos directamente a la prestación del servicio de telefonía móvil celular en un momento específico: a la finalización de los contratos.

Adicionalmente, reitera que los concesionarios tuvieron la oportunidad de amortizar sus inversiones durante la ejecución contractual, de manera que si no lo hicieron, ello fue así porque pre ordenaron sus comportamientos y no porque hubiese ocurrido un alea extraordinaria o anormal que no pudieron prever. Nada más previsible que la exigibilidad de la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión a la finalización de los mismos, la cual jamás fue modificada por las partes.

Por otra parte, señala que no es cierto que la pretensión de reversión “*nació*” con ocasión de la expedición de la sentencia C-555 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, pues la misma encuentra su origen en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión, estipulación que se mantuvo incólume durante la vigencia contractual.

Así mismo, en relación con lo que indica una de las Demandadas, que la Ley 37 de 1993, norma base del servicio de TMC, no incluyó ninguna disposición que obligara a incorporar en los contratos correspondientes la reversión de los activos relacionados con el servicio concesionado, señala la Demandante que la cláusula de reversión se incorporó en los contratos por mandato legal, siendo una cláusula obligatoria en los contratos de concesión de bienes estatales.

Expresa que la invocación de la protección de la confianza legítima, tampoco ha de servir para evadir el cumplimiento de la cláusula de reversión, porque no se verifican los requisitos establecidos para acceder a dicha protección, toda vez que los operadores celulares participaron en la creación de la situación cuya protección hoy reclaman.

Así mismo en relación con la afirmación de las Demandadas referida a que la inclusión de la cláusula de reversión en los contratos de telefonía móvil celular no tuvo una estructuración concreta y detallada, construida sobre unos supuestos financieros que le hubieran permitido al contratista estimar la amortización de los bienes, observa que tanto el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 como la cláusula trigésima tercera fueron claros y contundentes en señalar que lo que se revierte son los bienes y elementos directamente afectos a la prestación del servicio, instalados

a la finalización de los respectivos contratos. Adicionalmente, como lo señala la Corte Constitucional se presume el conocimiento de la ley respecto de la cláusula de reversión de los bienes que se utilizan para prestar el servicio, de manera que desde el momento de ofertar se incluya su amortización.

Señala que una cosa era el objeto de la concesión, esto es, “*la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular*” y otra cosa, que los concesionarios podrían, de manera adicional a los servicios básicos prestados por la red celular, ofrecer servicios suplementarios y de valor agregado, que no eran, ni son extraños al servicio de TMC como estaba concebido tecnológicamente al momento de la contratación; tales servicios consistían en la llamada en espera, servicio de no molestar, transferencia de llamadas, conferencia tripartita, buzón de mensajes, etc., que como es bien sabido, tenían para el usuario un costo adicional que ingresaba a las arcas del operador y hacía atractivos los planes ofrecidos al público.

Afirma que no puede admitirse que el derecho legal y contractual a la reversión que tiene el Estado sobre todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, se vea en manera alguna afectado por la circunstancia de que la red desplegada para prestar este servicio, sea utilizada como soporte por los operadores para prestar diversos servicios de telecomunicaciones²⁷.

Plantea que en suma: el hecho de que no puedan separarse físicamente sino algunos pocos elementos de la red, distinguiendo aquellos que atienden voz y aquellos que atienden datos, en nada afecta la vigencia y obligatoriedad de la cláusula de reversión, pues el Estado conserva el derecho legal y contractual de reclamar los bienes y elementos afectados directamente a la prestación del servicio de TMC, independientemente de que los mismos sean soporte de otros servicios de telecomunicaciones, prestados por los operadores que gozan de la correspondiente habilitación, pues dicha habilitación es como se dijo, para prestar el servicio, no para desdibujar la cláusula de reversión, máxime cuando utilizar la red de TMC para prestar otros servicios de telecomunicaciones maximizó su negocio.

Expresa que ni de la prueba documental técnica aportada, ni de la pericial practicada, ni de la testimonial rendida, se puede deducir que entre las partes hubo acuerdo alguno que limitara la reversión a la infraestructura existente al Plan Mínimo de Expansión, ni a la red análoga, ni a nada distinto a lo existente al momento de finalizar los contratos de concesión; esto es al 28 de noviembre de 2013 de conformidad con la cláusula trigésima tercera, y ello es así porque no podría pactarse tal limitación, como quiera que el propósito de la reversión acordada fue mantener la continuidad del servicio público al momento de la finalización de

²⁷ Cfr Dictamen Técnico respuesta a la pregunta 6 formulada por Comcel:

“...De la definición técnica anterior se deduce que las redes de Telefonía Móvil Celular se destinan principalmente, pero no exclusivamente, a la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular. **En efecto, desde el punto de vista técnico, las redes de telefonía móvil celular, además del servicio de telefonía móvil celular, pueden soportar una variedad de servicios de telecomunicaciones más avanzados como lo son la mensajería de texto, mensajería de voz, datos, navegación en internet, comunicaciones de video, banca móvil, correo electrónico, etc.**” (Se resalta).

contrato, lo que se logra con todos los elementos de red incluidos en los subsistemas mencionados por el perito técnico y requeridos para su operación y preservación.

Afirma que en ese orden de ideas, pretender que no hay lugar a la reversión con el alcance pactado porque *“las amortizaciones calculadas al inicio por el concesionario únicamente hicieron referencia a la tecnología exigida por el entonces Ministerio de Comunicaciones con el componente de digitalización de la red allí previsto”*, es tanto como decir que el objeto de los contratos de concesión, que consistía en la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se agotaba con la tecnología inicial. Esta interpretación no parece adecuada, pues olvida que si se prestó el servicio fue bajo la habilitación otorgada por los contratos de concesión, y sin avance tecnológico, el concesionario no hubiera sobrevivido la larga vigencia contractual en un mercado altamente competido. Ahora bien, el concesionario no puede alegar que no amortizó sino parcialmente sus inversiones para tratar de evadir la cláusula de reversión, pues de conformidad con el principio *“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, nadie puede beneficiarse de su propia torpeza, ni valerse de sus propias acciones u omisiones para liberarse de sus responsabilidades.

Sostener que lo que se revertiría, tendría que estar limitado *“a aquellos bienes directamente afectos al espectro concedido, esto es, a la red de acceso”*, es pretender que el objeto de las concesiones fue la explotación del espectro radioeléctrico, desconociendo que tal y como reza la cláusula primera común a todos los contratos, el objeto de los mismos *“es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia...”* y que para ello era obvio que debía utilizar el espectro asignado como elemento principal. Indica que además, esta propuesta no puede ser de recibo por el Tribunal, porque claramente con el solo subsistema de acceso no se puede garantizar la continuidad en la prestación del servicio, que fue la filosofía legal detrás de la cláusula de reversión en los contratos de concesión.

En cuanto a la solicitud de una compensación que reclama Telefónica, plantea que la misma no es procedente porque la cláusula trigésima tercera, común a los contratos de concesión a que se refiere la controversia, fue pactada conforme a mandatos imperativos de la Ley 80 de 1993, y en tanto el contrato, que libre y voluntariamente suscribieron los operadores, es meridianamente claro en su redacción y aceptación.

Señala que la Nación no desconoce el protagonismo e incidencia que la telefonía celular ha tenido en los últimos 20 años del desarrollo de las telecomunicaciones y en especial de su contribución a la economía nacional, pero tampoco puede dejar de lado que dicha actividad ha generado a los prestadores del servicio jugosas utilidades que sostuvieron y financiaron el crecimiento y auge de su iniciativa privada. En ese sentido, renunciar a la reversión, o compensar a los operadores como se pretende, constituiría para el erario una grave afectación, en tanto el Ministerio estructuró y ejecutó los contratos con la indeclinable pretensión de que, al término del plazo de su duración, todos los elementos y bienes afectos a la prestación del servicio concesionado, engrosarían su patrimonio, sin compensación alguna, para lo cual los concesionarios debieron planear las respectivas

amortizaciones.

2.2.2 La posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia sostiene que la cláusula de reversión de los contratos de concesión está vigente y debe ser aplicada en los términos que fue originalmente concebida y plasmada en los contratos aludidos, en la medida que primeramente, desde el punto de vista del marco normativo aplicable al contrato, la cláusula continúa vigente, sin que las normas legales que sobrevinieron tuvieran el efecto de invalidar lo pactado; y, en segundo lugar, desde el punto de vista contractual la cláusula no ofrece duda alguna respecto a su alcance. Agrega que jamás quedó probado nada respecto a la supuesta intención concurrente de las partes (ambas) – y ni siquiera un indicio contingente en cuanto al extremo contractual de la entidad estatal-, en relación con la idea de revertir exclusivamente el espectro. Agrega que la aludida cláusula no fue objeto de modificación contractual en ningún momento durante la ejecución del contrato, por lo que está vigente y es aplicable tal y como fue originalmente concebida, sin que las partes –ambas- hubieran dado señales de entendimiento contrario.

Señala que el objeto principal de los contratos de concesión era la prestación por cuenta y riesgo del servicio de telefonía celular por parte de los concesionarios y que las redes de telefonía celular que se instalaran en desarrollo de dicho contrato, en los términos de los artículos 14, 15 y 23 del Decreto 1900 de 1990 y los artículos 5 y 6 del Decreto 741 de 1993, formarían parte de las redes de telecomunicaciones del Estado. Advierte que el concesionario ostentó por virtud del contrato el título para explotar un servicio de telecomunicaciones y, por ende, para asumir las contingencias de su prestación, resalta el hecho de que el desarrollo de la infraestructura no está atado a una preconcepción cerrada y concreta desde la óptica tecnológica o de activos y sin que el hecho de que haberse exigido un Plan Mínimo de Expansión determine que a solo ese alcance se circunscribe el contrato. Eso implicaría, arbitrariamente y contrariando un elemento esencial del objeto contractual (concesión de servicio TMC), reducir las previsiones contractuales a las de una concesión de obra pública, cuyas particularidades difieren esencialmente del tipo de contrato de concesión de servicios del que se trata en este asunto.

Destaca que el objeto del contrato era la prestación del servicio de telefonía celular entendido como aquel servicio “*que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular.*” Afirma que lo anterior implica que los concesionarios debían encargarse de ofrecer el servicio de telefonía celular y llevar a cabo todo lo que se necesitara para lograrlo, por lo que el plan mínimo de expansión y el estándar técnico, no constituyen un techo del alcance contractual sino un piso del mismo, como corresponde a la intención de asegurar la finalidad contractual y en todo caso no hay límite a la cobertura del contrato derivada de clasificación de activos o tecnología usada, pues el contrato es de servicio, su objeto consiste en permitir –dar título- a un particular para prestarlo. Para la ejecución del contrato, los concesionarios recibían autorización para el uso de una porción del espectro radioeléctrico, sin que esto pudiera entenderse como el objeto

concesionado, en la medida que el espectro en sí mismo no comporta la prestación del servicio de telefonía celular, sino que trata de un elemento esencial que permite lograrlo pero que debe ser usado en conjunto con otros elementos que componen la red de telefonía celular y que permiten la comunicación telefónica móvil.

La red de telefonía celular objeto del contrato, en los términos del Decreto 741 de 1993 y del Decreto 1900 de 1990, entendida como las redes de telecomunicaciones que interconectadas entre ellas o a través de la red telefónica conmutada permiten el cubrimiento nacional para la prestación del servicio de telefonía celular al público, hace parte de las redes de telecomunicaciones del Estado, por lo que cualquier instalación, establecimiento, modificación, y demás debían ser aprobados por el Ministerio de Comunicaciones, entre otras, porque era considerado un tema de utilidad pública e interés social.

Se refiere a la sentencia C-250 de 1996 sobre reversión y señala que la reversión no recae únicamente sobre los bienes que antes del contrato eran del Estado y que éste dio en concesión – como pretenden argumentar los concesionarios – sino que se refiere, en términos generales, a los bienes afectos al servicio concesionado los cuales, pueden ser los bienes entregados en concesión por el Estado, pero también pueden ser aquellos activos que hayan sido colocados o instalados por los concesionarios, sin que por ello deba pagárseles una compensación por la reversión. En los contratos de concesión en los que se pacta la reversión de bienes afectos al servicio, se entiende que al finalizar la concesión estos bienes ya se deberán haber pagado, que el concesionario ya deberá haber obtenido una utilidad por la explotación de los mismos y que en este sentido, no deben ser compensados por el Estado al momento de la reversión.

Agrega que aun cuando una testigo señala que la cláusula de reversión a la que se refiere este proceso había sido incluida en los contratos de concesión como, una cláusula espejo del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendimiento de que el mismo se refería únicamente a la reversión del espectro que había sido asignado a los concesionarios como parte de los contratos de concesión, y que dicha cláusula nunca había sido objeto de discusión o revisión por parte de los interesados, otro testigo manifestó que las partes de los contratos hasta 1998 tenían el entendimiento común de que se debían revertir algunos activos además del espectro. Además, durante las rondas de aclaraciones sobre el pliego, se ve que durante este proceso alguno de los interesados preguntó mediante una solicitud enviada el 8 de noviembre de 1993 el alcance de esta cláusula y el Ministerio se pronunció.

Afirma que sí se discutió el alcance de la cláusula durante el proceso de licitación y que sí se analizó su alcance, sino que además al momento de determinar cuál era el entendimiento de la misma se hizo referencia a “*las redes de telefonía celular*”.

Se refiere a la expedición de las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, al principio de artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y a la posibilidad que la ley tenga efecto inmediato, y señala que Ley 422 de 1998 y Ley 1341 de 2009 no pueden haber modificado el contenido de la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión en la medida que no se trata de normas de moralidad, salubridad o utilidad pública, ni en las mismas se especificó claramente que aplicarían para contratos previamente

celebrados.

Destaca que el artículo 4º de la Ley 422 no especifica que lo que dispone aplica inclusive para los contratos previamente celebrados que se encontraran en ejecución al momento de la entrada en vigencia de dicha ley. Lo anterior implica que, aun cuando es evidente que para los contratos que se celebren a partir de la vigencia de dicha Ley la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas, la redacción del artículo no da a entender que dicha disposición aplica para los contratos celebrados con anterioridad a la misma.

En cuanto a la Ley 1341, señala que si bien ella contiene una habilitación general para prestar servicios de telecomunicaciones, esta circunstancia no implicó una modificación a las condiciones de aquellos privados que se encontraran prestando el servicio de telefonía celular con ocasión de un contrato de concesión previamente celebrado. Agrega que la redacción del inciso final del artículo 68 de la Ley 1341, al igual que en el caso del artículo 4 de la Ley 422 de 1998, tampoco permite concluir que la intención del mismo era modificar el alcance de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, pues si tal hubiera sido su intención lo habría dicho explícitamente, cosa que evidentemente no sucedió. Señala que la expresión “al momento de la entrada en vigencia de la presente ley” se refiere a la aplicación de la misma hacia el futuro. En efecto, no hay participio pasivo que ubique su aplicación a contratos ya celebrados, pues no hay referencia alguna a que fueren concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios “ya otorgados” o “ya celebrados”, lo que significa una omisión que claramente limita el entendimiento del ámbito de aplicación de la ley hacia el futuro, esto es a las licencias, concesiones o autorizaciones que se otorguen desde el momento de entrada en vigencia de la ley. Lo anterior con mayor razón cuando (i) el Estado siempre siguió entendiendo la cláusula de reversión de esos contratos, incluyendo los activos afectos al servicio – no hay prueba que demuestre lo contrario-; (ii) la cláusula no se modificó sino, por el contrario, se incluyó intacta en la prórroga y (iii) la propia Ministra del ramo y promotora de la Ley 1341 declaró que no había sido el entendimiento del gobierno que la modificación sobre la reversión aplicara a contratos ya celebrados y en ejecución.

Aclara que en la Ley 1341 la figura de la concesión no se eliminó para la prestación del servicio de telecomunicaciones. Se relevó al particular de un contrato de esa índole para acceder a prestar el servicio (es la habilitación general) pero continúa siendo un servicio público bajo la titularidad del Estado (art. 10), por lo que este, en un entorno no atractivo para la iniciativa privada, prestar el servicio de manera directa o concesionándolo a través de un contrato.

Destaca que la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013, al referirse a la constitucionalidad de las normas anteriormente reseñadas y a la posibilidad de que las mismas modificaran contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, manifestó que *“la Corte considera que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; **lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de***

reversión pactadas antes de su entrada en vigencia.”

Agrega que el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, al permitir a los proveedores de servicios que se encontraban prestando el servicio con anterioridad a la expedición de dicha ley a través de contratos de concesión, no acogerse al régimen de habilitación general sino mantener su concesión “*bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición*”, lo que previó fue precisamente la posibilidad de extensión de los efectos del régimen anterior hacia el tiempo de vigencia del nuevo régimen –el de la Ley 1341-, de manera que el concesionario quedaría sujeto a su contrato de manera íntegra para la prestación del servicio concedido.

Finalmente, señala que este tema termina siendo un problema de la aplicación de la ley en el tiempo, cuestión que fue resuelta por la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013 en la que indicó las normas sobrevinientes no afectaron la reversión pactada en los contratos toda vez que, si se aceptara dicha interpretación, tal cosa estaría en contra de la Constitución, podría causar un detrimento patrimonial e iría en contra del principio de la función pública.

En cuanto al sentido de la cláusula señala que la misma es explícita y su contenido genérico no hace otra cosa que confirmar el ámbito omnicompreensivo de la obligación de reversión que surge de dicha cláusula, tal como lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C- 555 de 2013.

La misma generalidad de la cláusula excluye, de acuerdo con las normas de interpretación universales, la distinción por especialidad, clase o características de los bienes objeto de reversión. Son todos aquellos “elementos y bienes afectados a la misma” –a la concesión- los que se deberán revertir, con lo que la voluntad de las partes no solo no hizo distinción alguna sino que promovió la generalidad al indicar que sería solamente el criterio de afectación al servicio el determinante de tal derecho en cabeza de la Nación, sin otra consideración relativa a la tangibilidad o no (características), propiedad o no (título), relevancia técnica ni amortización económica de tales elementos o bienes.

Agrega que ningún criterio de interpretación conocido, conduce a la extraña conclusión que pretenden hacer valer los operadores, según la cual la falta de desagregación o generalidad del derecho a la reversión enunciado, podría arrojar la infundada conclusión de que en realidad tal obligación de revertir no existe sobre algunos elementos.

Se refiere a la sentencia C-250 de 1996 y señala que de acuerdo con ella la reversión puede referirse también a elementos y bienes afectos a la prestación del servicio que hayan sido colocados por el contratista, es decir bienes que no existieran antes de la adjudicación del contrato de concesión y que hayan sido puestos en operación por el contratista para la prestación del servicio objeto del contrato de concesión.

Agrega que la reversión recae sobre la universalidad de bienes que permiten hoy (al momento de la reversión) una condición operativa, pues estos sí reúnen la condición única que pone el contrato: estar afectados a la concesión.

Plantea que tal como se ve en el texto de los distintos documentos mediante los cuales se modificaron los contratos de concesión, en ninguno de ellos las partes modificaron la cláusula de reversión de los contratos de concesión. Considera que si bien la interpretación de los contratos puede desprenderse de actos propios, de conductas conclusivas, la disposición de derechos consagrados (no surgidos de la interpretación) es asunto que debe ser objeto de la solemnidad de un otrosí

Agrega que sin embargo, no solamente nunca se modificó la cláusula sobre la reversión, sino que además, cuando se acordó la prórroga anticipada, los operadores solicitaron que se modificara la mencionada cláusula, lo cual no fue aceptado por el Ministerio, con lo que se pone de presente que al menos para el Ministerio la cláusula seguía en pleno vigor en todo su alcance inicial.

Destaca que las Demandadas argumentan que las actuaciones de las partes permitían entender que las dos tenían la misma interpretación de la cláusula vigésima tercera del contrato, argumentación que carece de prueba y de fundamento fáctico –además de la imposibilidad jurídica de que en caso de existir, modificare un contrato estatal sin la formalidad del Otrosí pertinente-.

Lo anterior permite concluir que la cláusula de reversión debe ser aplicada como fue originalmente prevista no solo porque las leyes posteriormente expedidas no pudieron cambiar su alcance, sino además porque la misma nunca fue objeto de alguna modificación contractual. Esta interpretación es congruente con lo manifestado por el Ministerio en su intervención ante la Corte Constitucional durante el trámite de la sentencia C-555 de 2013 en la que, al referirse al alcance de la reversión, manifestó que los bienes que debían ser restituidos al Estado eran aquellos que por disposición legal debían revertirse y, además, aquellos que por voluntad de las partes se pacte deberán ser entregados.

Indica que el cambio de interpretación a partir de la expedición de la ley fue solamente de los operadores, el Estado nunca cambió de interpretación. Señala que la cláusula sobre la reversión es prístina y la declaración de voluntad contenida en la misma no ofrece dudas que puedan ser mejor entendidas o completadas con la conducta de las partes. Pero aun cuando se aceptara que la interpretación de las partes podría haber modificado el alcance de la cláusula, es importante precisar que es imposible deducir la interpretación de las partes a partir de la prueba de la intención de solo una de ellas, es decir, no es posible determinar la intención conjunta cuando sólo se tiene claridad sobre la interpretación que tenía una de las partes.

Reitera que es una concesión de servicio, no una concesión de bien público (red, solo espectro). Considera que la reversión corresponde a un pacto contractual, no a un derecho devenido de la simple declinación del contrato, como ocurrirá con respecto al espectro que estará ocupado por el concesionario – más no transferido a éste, por ser un bien inenajenable del Estado-, o como ocurriría en relación con el subsuelo que tiene la misma naturaleza. Precisa que la reversión pactada, deviene de la voluntad de las partes de obtener, al cabo de la vigencia del contrato, los bienes y elementos afectados a la prestación del servicio al momento de la

concesión, sin que importe que éstos sean de propiedad del concesionario, construidos y explotados por éste para beneficio de la concesión –el servicio concedido-. Y señala que hay que distinguir ahora y siempre: no es una concesión de tecnología, no es una concesión de red, no es una concesión de bienes precisos –los del PME o el PMV- ni una concesión según el tipo de señales radioeléctricas (éstas: las de voz sí, las de datos no, las de video quizás...).

Concluye que lo anterior implica que es imposible sostener las distintas tesis que se han presentado según las cuales (i) la reversión no recae sobre ningún bien porque nunca se especificaron los bienes que debían ser revertidos; (ii) la reversión recae únicamente sobre la red hábil para transportar/transmitir señales de voz o (iii) que se deben revertir únicamente los elementos mínimos exigidos en el Plan Mínimo de Expansión, al comienzo de la concesión, los cuales o ya desaparecieron o jamás fueron instalados por haber optado los operadores por algunos otros mejor dotados para competir. Agrega que es evidente que la cláusula de reversión debe interpretarse: (a) en consonancia con la naturaleza del contrato –concesión de servicio- lo que comporta voz, datos o lo que sea que vaya siendo objeto de transmisión a través de dicho servicio, bien sea que la carretera (segmento de la banda de espectro asignada) sea la original, o más amplia o aún incluso haya sido adicionada con más ancho de banda; (b) en relación con los activos del momento en que dicho derecho surge (antes de la terminación del contrato no hay reversión, no hay carga alguna con respecto a ella), es decir respecto de los elementos y bienes con los que se presta el servicio al momento de hacerse exigible la obligación, lo cual además es exactamente lo que señala el clarísimo texto de la aludida cláusula.

Se refiere a la definición de la telefonía móvil celular y señala que de ella se puede concluir que el servicio objeto de los contratos era el servicio de telecomunicaciones que permite la comunicación telefónica entre usuarios móviles y otros usuarios móviles o usuarios fijos, para la cual hace uso del espectro radio eléctrico asignado como elemento principal. Indica que lo anterior permite poner de presente dos características esenciales del servicio móvil celular concesionado, que resultan extremadamente importantes para el presente trámite. El primero de ellos es que el servicio de telefonía móvil celular es aquel que permite la comunicación entre usuarios móviles entre sí y con otros usuarios. Es decir que todo servicio prestado por los operadores en el que, a través de la red de telefonía celular, permita la comunicación entre un usuario móvil y otro usuario cabe dentro de la definición y alcance del servicio objeto del contrato. Precisa que por otro lado, de dicha definición se depende claramente que el servicio de telefonía móvil tiene como elemento principal la asignación del espectro radioeléctrico, pues se requiere este elemento para poder prestar el servicio, lo cual no puede entenderse como que la asignación del espectro sea el objeto de los contratos.

Señala que de acuerdo con la clasificación legal de la época es posible afirmar que, al tratarse el servicio de telefonía móvil celular de un teleservicio, este servicio está comprendido por todos aquellos elementos que tienen la capacidad completa para comunicar a distintos usuarios, de manera que el único elemento determinante en dicha relación es que los elementos tengan como finalidad la comunicación entre usuarios. Expresa que no se entiende por qué se ha asumido el servicio asociado a

la transmisión de datos no podría estar incluido dentro de esta clasificación.

Respecto de la definición de la telefonía móvil celular de la Ley 37 de 1993 señala que para que un servicio sea entendido como telefonía móvil celular en los términos de dicha norma, la condición que debe cumplir es permitir la comunicación telefónica entre un usuario móvil y otro usuario móvil o un usuario fijo, sin especificar si tal comunicación debe ser a través de uno u otro medio, siempre que vaya a través de la red de telefonía (móvil o fija). La distinción que no hace la ley, está absolutamente vedada al interprete y no es que el uso de la expresión “telefónica” implique las señales de voz exclusivamente como infundadamente se ha querido presentar, pues: (i) no hay argumento técnico uniforme para indicar a partir de un estándar internacional (norma técnica o similar) formal que circunscriba la comunicación telefónica a la voz; (ii) la expresión de comunicación “telefónica” que usan la ley y el contrato, bien puede referirse al servicio del que se predica la aludida comunicación, esto es el de “Telefonía” móvil celular –sería infantil pensar que al decir telefonía solo se habla de señales de voz-; (iii) gramaticalmente se puede referir al nombre del terminal –teléfono- que se usa para la comunicación completa que proporciona el servicio; (iv) o cualquiera de las anteriores. Bajo este entendido, no es claro por qué habría de aceptarse la tesis según la cual las señales de datos cursadas por TMC para comunicar dos usuarios entre sí o a uno de éstos con un usuario móvil, no harían parte de dicho servicio.

Advierte que el perito técnico indica que se entienden los datos como un servicio de valor agregado en la medida que “*satisface nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones*”²⁸, sin embargo, el perito no indica en qué se basa para entender que a través de la comunicación de datos entre usuarios móviles o entre uno de éstos y un usuario fijo, se satisfacen nuevas necesidades ni mucho menos cuáles son esas nuevas necesidades.

Señala que la asunción de ese servicio de valor agregado no desmembra la red (objeto de reversión), toda vez que ésta fue originalmente conformada para comunicar usuarios móviles entre sí o con otros usuarios de la red fija (a través de datos o voz), sin perjuicio de que por esa misma red se terminaran adicionando otros servicios que también incluyen el tráfico de datos. No se entiende cómo ahora la red móvil construida por cuenta y riesgo del concesionario para –se reitera- comunicación completa de usuarios móviles entre sí o con usuarios fijos, deba desarticularse para efectos de la reversión, o fraccionarse su valor, cuando su finalidad y vocación original fue “comunicar” de manera completa a los usuarios. Agrega que el simple tráfico de los datos entre usuarios no constituía entonces ni constituye ahora sino TMC (telefonía móvil celular) y no podría haberse dicho que los mismos satisfacen una necesidad distinta a la simple necesidad de comunicación: los SMS (mensajería de texto) comunican de manera completa a los usuarios, es la misma necesidad, mientras que el acceso a Internet proporciona información, el almacenamiento de información en la nube brinda espacio virtual, etc. Indica que sin embargo, de ello no puede desprenderse que la “comunicación completa” entre usuarios, no haga parte de la TMC ni mucho menos que el hecho de añadir servicios distintos a la red del concesionario móvil sea la patente de corso

²⁸ Aclaraciones y Complementaciones del Peritaje Técnico, página 75 – Cuaderno de Pruebas No. 35, folio 39.

para considerar partes de la red (que es útil para la comunicación de voz y datos entre usuarios del servicio TMC) como ajenas al contrato de concesión.

Plantea que como es de entender, el hecho de que un desarrollo tecnológico sobre la red de telefonía celular permita que el servicio de telefonía móvil celular sea prestado no solo a través de voz sino también de datos, no puede ser considerado como la satisfacción de una necesidad distinta pues se sigue tratando del mismo servicio, es decir la comunicación telefónica que se sigue haciendo a través del mismo medio, es decir de la red de telefonía celular.

Señala que en el peritaje elaborado por la Universidad Nacional y presentado por el Ministerio para controvertir los dictámenes técnico y financiero, los peritos explican por qué es errónea la asunción de los peritos según la cual la infraestructura de red instalada se puede dividir según el porcentaje del tráfico que se destina a cada servicio y destaca que según ellos señalan, la red de voz constituye el grueso de la inversión en una red de TMC y la inversión marginal para la provisión del servicio de datos es de cerca del 6%.

Precisa que en adición a lo anterior, los peritos de la Universidad Nacional señalan que **“dada la imposibilidad de dividir técnicamente la red en voz y datos, financieramente carecería de sentido asignar un valor a unos elementos de la red de forma proporcional cuando no es posible hacer una división física de estos.”**

Expresa que es importante, por último, recordar que el entendimiento según el cual el servicio de telefonía móvil celular abarca tanto el servicio de voz como el de datos fue además corroborado en el curso del proceso por distintos testigos con altos conocimientos técnicos, como el doctor Hernán Cucalón quien manifestó que los servicios de voz y datos están asociados a la telefonía celular **“porque el acceso va por ahí”**. Agrega que para hacer su análisis, los peritos de Universidad Nacional partieron de las frecuencias que fueron asignadas y señala que lo que transite por esa autopista es parte de la concesión de comunicaciones de los contratos.

Entiende que los concesionarios lo son del servicio, actúan por su propia cuenta y riesgo y tienen autonomía para tomar las decisiones que consideren oportunas, lo que descarta por completo la visión del Plan “Mínimo” de Expansión como alcance único del contrato. Afirma que ni estaban liberados de obligación con la ejecución del Plan Mínimo de Expansión, pues su obligación era prestar el servicio, explotarlo con cobertura nacional –atendiendo la demanda-, ni lo que hicieren más allá estaba fuera del contrato de concesión. Indica que no es, como quisieron los operadores presentarlo en el debate probatorio, que las obligaciones del Plan Mínimo de Expansión estaban dentro del contrato y, por ende, de haber reversión sería la infraestructura de ese PME, la única objeto de tal reversión. Agrega que no es tampoco que la infraestructura desarrollada para prestar el servicio concedido en exceso del PME sea un derecho extracontractual. Y plantea que no es tampoco que los servicios de valor agregado que hayan sido prestados –por el solo hecho de traficar datos- excluyan la infraestructura de datos del contrato de concesión y, por ende, de la reversión, pues como se ha dicho, la mera comunicación entre usuarios (incluso con señales de datos) es parte del objeto del servicio concedido, sin

distinción ni legal ni técnica alguna, de manera que el servicio añadido, que involucra datos, no tiene la virtud de extraer del contrato elemento alguno.

Advierte que la reversión versa sobre elementos y bienes afectados a la concesión misma, por lo que tal derecho en cabeza del Estado –el derecho a que reviertan los elementos y bienes afectos al servicio- es independiente e indiferente del cronograma de inversión de los concesionarios, del estatus de amortización de cada elemento, de la fecha de exigibilidad que pudiera aplicar a alguno de tales elementos o si el mismo se aplicó sin ser obligatorio, o si además se utilizó para un servicio complementario adicional, así como a cualquier otra consideración, pues la reversión fue pactada sin condicionamiento a esas consideraciones o variables que también estaban plena y previsiblemente relacionadas con la ejecución de la concesión.

Agrega que las expectativas legítimas de los concesionarios fueron las establecidas en los contratos a la hora de su celebración, los concesionarios tenían la certeza de que debía revertir los bienes afectos a la concesión al Ministerio a la finalización de la concesión y debieron prever diligentemente en su modelación la reversión de los bienes y la infraestructura implementada para prestar satisfactoriamente el servicio objeto del contrato. Los concesionarios tenían la libertad para decir, de manera autónoma, la tarifa que sería cobrada a los abonados la cual debía permitir tener los flujos de caja suficientes para cubrir los costos y gastos del negocio. Como es de entender, teniendo en cuenta que los concesionarios conocían desde el inicio de las concesiones de la existencia de la cláusula de reversión, estos debieron prever que la tarifa contemplada en su modelo les debía permitir recuperar el monto de sus inversiones antes de la finalización del plazo de las mismas.

En el mismo sentido, el acceso por parte del concesionario a otros servicios (valor agregado y portador) mediante la obtención de los respectivos títulos, no diluye la habilitación principal otorgada a éste por el contrato para prestar el servicio de telefonía móvil y el uso del espectro necesario para ello, la cual además se le dio sin exigir del concesionario una exclusividad en cuanto al tipo de servicios prestados. De manera que lo que otrora se conoció como servicios telemáticos y de valor agregado, podrían cursar por la red instalada para servicios de telefonía móvil, pero la afectación de ésta a los susodichos servicios móviles (con voz y datos como SMS) determina ineluctablemente su ligamen a la reversión pactada en la concesión dada para éstos servicios, derecho que clara e irrestrictamente recae sobre el Estado y que no podría dividirse o fraccionarse por el hecho de ser usados los elementos y bienes que la conforman para la prestación de otros servicios que incluyen tráfico de datos.

En cuanto a la referencia a la contabilidad de los concesionarios y su entendimiento de la reversión, señala que la revelación o no de una circunstancia en los Estados Financieros, no es hecho que genere, extinga o modifique derechos, por lo que mal podría llegarse a la conclusión que han tratado de sostener los concesionarios, máxime cuando el texto de la cláusula trigésima tercera era diáfano sobre su contenido y alcance. Tal como lo informó el perito financiero en el texto de sus aclaraciones y complementaciones, las decisiones de incluir o no un hecho en los Estados Financieros es una decisión que recae en los administradores de las

empresas quienes normalmente depositan esta responsabilidad en el área contable de la misma.

Plantea que se ha dicho igualmente a lo largo de Tribunal, que existe una imposibilidad de llevar a cabo la reversión sobre la totalidad de los bienes afectos a la concesión debido a que gran parte de los bienes que usan los concesionarios en la red de telefonía móvil celular no son de su propiedad, sino que son contratados a través terceros, quienes son los reales propietarios, por medio de distintos esquemas contractuales que son comúnmente usados en este tipo de negocios. Sobre este asunto vale la pena recordar que la explotación del servicio que se le otorga al concesionario no comporta la propiedad de los bienes usados para la explotación del servicio, en cambio la reversión, que pesa sobre el concesionario, como obligación sí determina que éste tenga la posibilidad de poner oportunamente en manos del concedente la red en estado operacional al momento de activarse la obligación de reversión, de suerte que los elementos afectos a la concesión (servicio) sean objeto del cumplimiento modal (transferencia) del título de reversión. Si los concesionarios a la luz de sus decisiones técnicas, operativas, financieras y administrativas, al interior de su negocio, decidieron que era más eficiente para la explotación del mismo, no adquirir la propiedad de los bienes sino contratar su disponibilidad con terceros, nada se lo impedía pues los contratos no disponen la obligación de tener, durante la ejecución del contrato, la titularidad de los bienes.

Indica que cosa distinta pasa con la reversión como figura jurídica, la cual nace y solo es exigible al momento de la terminación de los contratos. Agrega que en el momento en el que terminaron los contratos de concesión y se hizo exigible la reversión de los bienes afectos a las concesiones, en los términos de la cláusula trigésima tercera, nació la potestad para el Ministerio de exigirle – únicamente a partir de ese específico momento – a los concesionarios hacer la transferencia de la titularidad de los bienes afectos a las concesiones. Lo que los concesionarios, a partir del momento en que se hizo exigible la reversión, tuvieron que hacer para garantizar la transferencia de una red de telefonía celular que fuera operativa en términos técnicos, no es responsabilidad del Ministerio.

2.2.3 La posición de las Demandadas

2.2.3.1 Posición de Telefónica

Telefónica expone una serie de argumentos en relación con el “ámbito material de la concesión” que pueden sintetizarse como sigue.

- a. *“(…) aunque el texto de las cláusulas en cuestión (la 33) se refiere en efecto, literalmente, a “ los elementos y bienes directamente afectados” a la concesión, la voluntad real de los contratantes fue que el ámbito material de la reversión solo comprendiera la parte del espectro electromagnético asignada al concesionario para el desarrollo del contrato” (Alegato, p.6); existen pruebas documentales que corroboran y ratifican sus afirmaciones sobre “el entendimiento y la intención que las partes le imprimieron originalmente a las cláusulas de reversión” (Alegato, p. 12); las discusiones*

precontractuales también corroboran “*la real intención de las partes en punto a la reversión*” (Alegato, p. 13).

Señala que en el momento de la fusión de Coltel con Telefónica, el Gobierno Nacional “*tampoco entendió la reversión en forma distinta de aquella que se venía aplicando desde el inicio de la concesión, esto es, referida a las frecuencias radioeléctricas, postura que apenas vino a cambiar con ocasión del juicio de constitucionalidad que condujo a la sentencia C-555 de 2013*” (idem); y que tampoco lo entendió en 1997, al negociarse y convenirse anticipadamente la prórroga de los contratos, ni cuando se hizo efectiva la prórroga en 2004 (idem, p. 14).

Manifiesta que para abundar en razones y pruebas a favor de su aserto, se debe apreciar conjuntamente el contenido de los pliegos de condiciones previos a la celebración de los contratos y los dictámenes periciales (ibidem), agregando que “*si la convocante hubiera considerado desde la celebración de los contratos que habría lugar a una reversión de activos distintos al espectro radioeléctrico, así lo habría reflejado en sus registros contables*” (ibidem); y que “*De igual forma, tal revelación debía haber sido hecha por el concesionario*” (idem, p. 15), sin que se evidenciara, por parte de Valora tal clase de registro.

Califica como un “*indicio insoslayable, que confirma una vez más la voluntad real de las partes en cuanto a la materia de la concesión*” (idem, p.16), la omisión de la “*elemental precisión de los bienes que habrían de ser objeto de reversión*” y expone el que denomina un “proceso inductivo” que a partir del susodicho indicio lo conduce a reafirmar que “*la única materia reversible sería el espectro radioeléctrico*” (ibidem).

Añade que esa voluntad real a que hace referencia, además de acreditada “*hasta la saciedad*”, “*se definió concienzuda y juiciosamente, con base en el constructo (sic) legislativo entonces vigente en materia de telecomunicaciones, en el Estatuto general de Contratación Pública que acababa de expedirse y en las políticas que venía implementando el Gobierno nacional para impulsar el desarrollo de la TMC*”, describiendo por qué ello reafirma su tesis (Alegato, p. 16). Trae a colación el hecho de que en las cláusulas sextas de los contratos se estableció a cargo de los concesionarios el pago de cuantiosos precios dinerarios, a los que se añaden las sumas a pagar trimestralmente según lo pactado en las cláusulas séptimas, a lo cual agrega las obras de infraestructura y los costos de construcción del sistema “*adicionales a las obligaciones inicialmente contraídas en cuanto a su extensión geográfica y características técnicas, y que no habían sido previstas, puesto que la tecnología no existía al momento de la celebración del contrato*”. (Alegato, ps. 16-19)

Expuesto lo anterior, expresa que el “*primigenio equilibrio económico de los contratos*” se definió “*mediante la utilización de determinados segmentos del espectro electromagnético y el derecho a cobrarles a los usuarios unas determinadas tarifas, a cambio de las correspondientes construcción,*

organización, puesta en marcha, prestación y extensión de tal servicio, bajo parámetros de cobertura y tecnología definidos por la entidad contratante y el pago de las sumas que acaban de mencionarse” (Alegato, ps. 19-20). Pero observa que ello no tiene en cuenta que “a medida que se iban ejecutando los contratos, ocurrieron ciertos hitos o eventos fundamentales que alteraron dicho equilibrio económico”. (Alegato, p.20)

- b. Afirma que si las “razones y pruebas” que acaban de enunciarse no fueran “suficientes para corroborar el verdadero sentido de las estipulaciones contractuales relativas a la reversión, y si el Tribunal considerare que subsisten dudas respecto del alcance de éstas, en todo caso debe acudir además a la rotunda prescripción del artículo 1624 del Código Civil... porque si, en gracia de discusión, se considerare que no es clara la tantas veces invocada intención de las partes conforme a las pruebas y razones arriba mencionadas, no es posible solucionar tampoco esta incertidumbre por vía de la lectura puramente gramatical de estas cláusulas. En efecto “*los elementos y bienes directamente afectados*” son, *lingüísticamente hablando, conceptos abiertos que dejan amplias interpretaciones sobre su significado concreto*”. (Alegato, p. 21)

También acude a la regla de interpretación prevista en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil para poner de relieve que “(...) *resulta claro que las pretensiones del MINISTERIO contradicen abiertamente su conducta contractual, de manera que no están llamadas a prosperar.*(-) Por ello, si la lectura gramatical de las cláusulas no fuere suficiente, y tampoco fuere clara la intención de las partes respecto de este preciso punto-que estimo que lo es- lo cierto es que el artículo 1624 establece que habiendo dos interpretaciones plausibles, como en este caso, se debe optar por aquella que favorezca a mi representada por no haber sido ella sino el MINISTERIO quien “dictó” fundamentalmente la redacción de tales cláusulas”. (Alegato, p.21)

- c. Considera que sus apreciaciones resultan más contundentes si se tiene en cuenta el principio de planeación inherente a cualquier contrato estatal. Hace referencia a jurisprudencia y laudos arbitrales que protegen el derecho de propiedad de los contratistas en caso de dudas en torno a los bienes necesarios para continuar prestando un servicio y que por ello deben revertir al Estado; que resaltan la carga de claridad que exige la buena fe contractual a quien predispone cláusulas, y que se refieren “*al ser de la reversión*”, al significado “ontológico” del término para saber en cuáles contratos ella resulta natural y en cuáles no. Todo ello para sostener que si la cláusula trigésima tercera tiene el alcance que le atribuye la Convocante, entonces ella habría violado el susodicho principio de planeación “*por no haber precisado jamás, a qué bienes y hasta qué momento debía extender la reversión*”; que “*Si a juicio de la CONVOCANTE la reversión se refirió a todo, ¿por qué jamás dijo que era todo?*”. De manera que “(...) *las cláusulas Trigésimas Terceras se incluyeron en los Contratos por el MINISTERIO sin que fuera menester hacerlo, y en cambio, no se cumplió el principio de planeación, que sí era menester*”. (Alegato, ps. 21-24)

Encuentra que el incumplimiento de dicho principio fue evidente en los siguientes actos u omisiones:

- i. Al elaborarse los Pliegos de Condiciones, porque la minuta de los Contratos y los anexos a dichos documentos *“no existe una regulación detallada mínima de los bienes que serían objeto de reversión a la terminación de ellos. Tan sólo de manera específica en la Cláusula 1 de los Contratos de Concesión se determinó que el espectro es un elemento esencial a dichos contratos. Valga resaltar la redacción detallada de los anexos técnico o financieros en los cuales tampoco se determinaron qué bienes serían objeto de reversión”*.
- ii. Durante la ejecución de los contratos, porque : - se omitió *“solicitar el inventario, detalle de estado, seguimiento, observaciones dentro de la interventoría ejercida año a año (19 años), expedición de paz y salvos a favor de Telefónica”*; - al momento de certificar el cumplimiento del PME, *“determinar que las inversiones de los concesionarios se desarrollan en un ambiente de competencia y la decisión de no necesitarse pacto adicional sobre el PME”*; -*“al momento de la prórroga del 2004, no determinar –como quedara (sic) probado dentro del presente trámite- con base en estudios financieros o técnicos los bienes que serán objeto de reversión para el nuevo período o si existiera dicha obligación un corte para su cumplimiento en dicho año”*; - al momento *“preciso”* de la expedición de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, *“no advertir a los concesionarios que pese a su expedición se entendían vigentes las Cláusulas Trigésimas terceras con un alcance distinto a la restitución del espectro radioeléctrico. Por el contrario, toda la conducta contractual del MINISTERIO consistió en considerar que la reversión en este tipo de contratos únicamente incluía el espectro radioeléctrico.”*
- iii. Y al momento de la terminación y liquidación de los contratos el incumplimiento aducido consistió en *“no determinar los criterios para su liquidación..., como tampoco lo hizo durante el trámite (sic) liquidación, habiendo solicitado un trámite arbitral sin haber adelantado los actos mínimos exigidos para pretender la reversión en un contrato con más de 19 años de ejecución”*. (Alegato, ps.24-25)

2.2.3.2 Posición de Comcel

Por su parte, Comcel dedicó un acápite de su alegato a *“las razones por las cuales lo único que debe revertirse es el espacio radioeléctrico”*, que pueden sintetizarse como sigue:

- a. Sostiene que así lo establecía la Cláusula Trigésima Tercera, y previa referencia a los criterios hermenéuticos establecidos en el Código Civil, se basa para ello en la intención de las partes, en la manera en que lo ejecutaron, y en su interpretación a favor de quien no redactó la cláusula (Alegato, p. 30). Añade que una interpretación sistemática implica remitirse

a la cláusula vigésima novena de los contratos, con base en la cual sostiene que *“las partes acordaron que cualquier cambio legal o reglamentario que tuviera que ver con el Servicio de Telefonía Móvil Celular, se entendía incorporado al contrato. En consecuencia, por vía contractual, las partes acordaron que la Ley 422 de 1998 (y la Ley 1341 de 2009) sí eran aplicables a los contratos de concesión (...).”*(idem, ps. 30-31)

- b. Considera que el contenido de la cláusula Trigésima Tercera es oscuro, y afirma que su ambigüedad radica en que *“no determina un contenido específico a la expresión bienes directamente afectados a la concesión...no hay referentes legales ni tampoco en la experiencia cotidiana, como lo demuestra (sic) las divergencias conceptuales entre los diferentes dictámenes periciales, pero además, tampoco hay unos referentes contractuales al significado o contenido de dicha expresión”*. (Alegato, p. 32)

En su opinión, mencionando el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y dos testimonios, *“Esto conlleva a la **imposibilidad de aplicar la cláusula** – resaltado del texto-, no a la imposibilidad de cumplir la obligación como hábilmente trata de hacer ver la parte convocante, pues es claro que, salvo la reversión del espectro electromagnético, no hay ninguna forma de entender y aplicar la citada cláusula. (-) La disposición de la cláusula 33... es muy simple y aparentemente bastante clara. Sin embargo no, no hay claridad en qué consistió la concesión..., pues se ha interpretado que se trató del espectro y otras veces de la concesión del servicio público, e incluso ambas concesiones, y tampoco hay claridad sobre cuáles son los bienes directamente afacetados a esta, o estas”*. (Alegato, p. 34)

Afirma que el marco jurídico aplicable a los contratos, del cual en su argumentación resalta disposiciones del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 37 de 1993, tampoco genera certeza en cuanto al contenido de la cláusula, *“aunque sí algunos indicios de que la reversión solamente era del espectro radioeléctrico”*. (Alegato, ps. 38-41)

Destaca la importancia que tiene para la interpretación de la cláusula el artículo 42 del Decreto 741 de 1993, el cual define los “documentos del contrato”, como soporte legal de la afirmación según la cual *“se probó en el proceso que la preocupación de los operadores respecto de la existencia de una obligación de revertir y sus alcances, se manifestó desde los mismos pliegos de condiciones, en los cuales, la respuesta del MINTIC debe ser un criterio fundamental para la interpretación de la cláusula 33”* (Alegato, p. 41), y en ese contexto también destaca la copia del extracto de las aclaraciones de los pliegos de condiciones que se menciona en la comunicación de Ministerio que contiene la respuesta que señala en su aserto, y que lo lleva a sostener que *“**EL MINTIC da a entender que la reversión solamente debía recaer sobre tal bien** – se refiere a la parte del espectro radioeléctrico asignado como elemento principal de la concesión-, **que constituía además el único bien público que era objeto del contrato.**”* (Alegato, p. 43, el subrayado y el destacado son del texto). Y añadió que *“el MINTIC no manifestó la existencia de bienes adicionales que se debieran*

revertir, ni tampoco que el Ministerio le diera el alcance a la cláusula que ahora, por vía de este proceso, pretende que se le dé”. (idem)

Resume su argumento en torno a la evidente claridad del contenido de la cláusula trigésima tercera en que:

- i. el estudio de su tenor literal muestra que contiene “*definiciones que no están estipulados (sic) en el contrato ni en la ley*”;
 - ii. testigos de la fase inicial de los contratos han manifestado “*que no se conocía el contenido de la cláusula*”;
 - iii. que las normas vigentes tampoco ofrecen claridad al respecto;
 - iv. y que la cláusula “*ofrecía tan poca claridad que requirió de dos leyes que le dieran alcance a la misma*”. (Alegato, p. 44)
- c. En el acápite del alegato denominado “*Aplicación de los métodos de interpretación de las cláusulas de acuerdo al Código Civil Colombiano*”, se reitera que “*aunque podría creerse que el tenor de lo pactado en la cláusula 33 es claro... Dadas las múltiples dificultades interpretativas ya evidenciadas, le corresponde al Tribunal conocer la intención de los contratantes en el caso concreto*”; y considera que para ello es de particular utilidad lo establecido en el artículo 1622 del Código Civil, y sostiene una correcta interpretación de dicha cláusula “*(...) es darle el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad y en tanto a la especificidad de su objeto, que lleva a la conclusión que el alcance de la cláusula es la reversión exclusiva del espectro radioeléctrico*”. (Alegato, p. 45)

En pro de esa conclusión señala las siguientes razones:

- i. Que el contrato es de concesión de servicios y no de un bien del Estado; y por ello, mencionando un laudo por su claridad conceptual, destaca que “*no es propio de la concesión de servicios que se entreguen bienes de los operadores*” (Alegato, p. 46). Ante lo dispuesto por las partes en la cláusula en cuestión, y señalando que a ello ayudan la totalidad del clausulado y la ejecución de los contratos por las partes, afirma que la cláusula primera (sobre el objeto del contrato, al mencionar el espectro, “*(...) no busca determinar que éste sea el objeto del contrato sino el más importante de los bienes que utilizará el operador para el cumplimiento del objeto, que es la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. **En otras palabras, la concesión que fue otorgada. Es la concesión de un servicio público, cuya prestación requiere de forma indispensable el espectro radioeléctrico. En consecuencia, el bien que se encuentra directamente afectado a la prestación del servicio es el espectro radioeléctrico.** (-)” Señala que “*interpretando la cláusula de manera sistemática, teniendo en cuenta la totalidad del contrato, el objeto del mismo cobra relevancia en tanto hace énfasis en que el **bien más importante en la concesión es el espectro radioeléctrico**, y por tanto este debe ser el elemento que debiera ser revertido. (-) **En otras palabras es****

razonable interpretar el alcance de la cláusula de reversión en el sentido de que el Espectro Radioeléctrico era el bien que le interesaba el (sic) Estado preservar al momento de la terminación del contrato, al punto que lo incluyó en el objeto del mismo, no obstante, lo que se concesionaba era la prestación del servicio". (Alegato, ps. 47 -48, los resaltados y las subrayas son del texto)

- ii. Destaca que ni en el contrato ni en el pliego de condiciones se contemplaba un inventario de bienes a utilizar en la prestación del servicio, lo cual señala que es usual en los contratos "de concesión de bienes" (Alegato, p. 48); que "(...) *la única manera de que, los bienes se puedan contemplar en las respectivas proyecciones financieras y amortizaciones, es que el concesionario individualizar (sic) los bienes que, al final de la ejecución del contrato, se revertirán. Contrario a lo usual de los contratos de concesión de bienes públicos, el contrato de concesión objeto de este litigio, no tiene un listado de bienes que se requieren para la prestación del servicio, ni siquiera respecto de los bienes que eran necesarios para cumplir con la obligación de cubrimiento del Plan Mínimo de Expansión*" (Alegato, p. 48, el resaltado y la subraya son del texto). Añade, aludiendo a la declaración del contador de Comcel entre 1992 y 2002, que "*Tan no existía conciencia de los operadores que hubiera que devolver algún bien, que contablemente no existía diferenciación de los activos según el contrato que prestaran o según si estaban en cumplimiento de una obligación contractual o de la ejecución de la actividad mas allá de los términos del contrato*". (Alegato, ps. 48-49)
- iii. Recuerda que el artículo 1622 del Código Civil consagra la relevancia interpretativa de la aplicación práctica "*que las partes hagan, o que una de ellas haga con la aprobación de la otra*" (Alegato p. 49), y en tal sentido afirma que "*se probó que a lo largo de los casi 20 años de ejecución contractual, las partes actuaron de manera tal que se evidencia que su comprensión de la cláusula de reversión era limitada a la devolución del espectro radioeléctrico*" (idem), habida cuenta de que:
 - Todos los ministros y viceministros que rindieron testimonio, "*dijeron, de una u otra manera, que entendían que la obligación de reversión era exclusivamente, del espectro radioeléctrico*" (ibidem);
 - Los operadores emitieron "*múltiples documentos de carácter público, en los cuales sostenían que la cláusula de reversión implicaba exclusivamente la entrega del espectro radioeléctrico*" (Alegato, ps. 49-50); y en tal sentido destaca una manifestación "encontrada" por el perito financiero en los estados financieros del balance del año 1995, referente a "*las razones que llevaron a la creación de Asocel*", y un aparte del

“informe general de (sic) accionistas” de Ocel del año de 1994 que alude al “documento finalmente firmado” el 28 de marzo de 1994. (Alegato, ps. 49-50)

- *“Además del hecho de que los particulares manifestaron desde un comienzo que la cláusula de reversión era difusa en cuanto a su alcance, sin que hubiera pronunciamiento del MINTIC en contrario, más si a favor de dicho entendimiento, lo más importante es que ninguna de las contabilidades de los operadores registró alguna vez un pasivo asociado a una obligación de revertir bienes, actuación que evidencia a todas luces que las partes no encontraban que hubiera una obligación de revertir los activos una vez se terminara la concesión” (Alegato, p. 51). Refuerza esta apreciación señalando que Ministerio tampoco hizo una contabilización al respecto, de modo tal que considera que se demuestra que ambas partes “(...) en sus actuaciones se comportaron como si tal obligación no existiera, fortaleciendo así la interpretación según la cual la cláusula 33 del contrato solamente impone la reversión del espectro radioeléctrico. (-) Esta situación de que los operadores no haya registrado contablemente la obligación de revertir, **como tampoco lo hizo el MINTIC**, toma aún más fuerza si se tienen en cuenta que los contratos 00004, 00005 y 00006 de 1994 correspondían a los oferentes de la red A de telefonía móvil, es decir aquella red que solamente podía ser ofertada por empresas de economía mixta. Por tanto, el entendimiento de que no había una obligación de reversión respecto de los activos, fue interpretado por empresas que en ese momento contaban con capital del estado, y cuyos órganos de dirección y administración estaban bajo la supervisión del estado”. (Alegato, p. 52)*
- *Hace referencia al formulario F-20 diligenciado por Comcel para suministrar información a autoridades estadounidenses vinculadas al mercado bursátil, según el cual, “La Concesión de Comcel inicialmente dispuso que al final de su término todos los activos directamente relacionados a (sic) ella revertirían al Ministerio de Comunicaciones sin compensaciones, después de consulta con los operadores de celular, el Congreso expidió la Ley 422 del 98 que establece nuevas reglas relacionadas con la reversión de activos. La Ley 422 dispone que únicamente las frecuencias radioeléctricas asignadas a la compañía para la operación del servicio de celular revestirán (sic) al gobierno al finalizar el término de la concesión de Comcel”. (Alegato, p. 54)*
- *Los antecedentes del establecimiento de la Ley 422 de 1998 en el Congreso de la República para indicar “el grado de convencimiento que tenía el Estado de que la cláusula de reversión debía ser solamente respecto del espectro*

radioeléctrico” (Alegato, p. 58) y concluir que “Es por tanto, absolutamente sorprendente que el Estado manifieste a pocos meses de la terminación de los contratos, que se trata de una norma general para todo el sector de telecomunicaciones, salvo los contratos de concesión de 1994”. (idem)

- *Como otro acto de las partes a considerar para efectos de la interpretación de la cláusula Trigésima Tercera, se refiere a los antecedentes de la comunicación mediante la cual el Ministerio, en el contexto de la determinación del valor de las pólizas a contratar en 1999, manifestó haber encontrado cumplidas “(...) **las más importantes obligaciones que se derivan del mismo como del pliego de condiciones**”. (Alegato, p. 61, el resaltado no es del texto)*
- *Afirma que en manifestaciones de los representantes del Ministerio con ocasión de los antecedentes legislativos de la Ley 1341 de 2009 se “daba a entender que las partes estaban de acuerdo en cuanto a una comprensión común de la cláusula de reversión” (Alegato, ibidem), por lo cual se pregunta, en apoyo de su interpretación, “**¿qué podría esperar el concesionario, respecto del contenido de la cláusula de reversión, cuando el representante legal de su contraparte afirma públicamente que la reversión de bienes distintos al espectro radioeléctrico es un problema?**”. (Alegato, p. 62)*
- *Al igual que Telefónica alude a la valoración de activos de Telefónica, titular del servicio de TMC concesionado, en el contexto de la posible fusión con Colombia Telecomunicaciones analizada en el documento CONPES 3721 de 2012, para señalar que en esa valoración no se considera la existencia de la obligación de revertir activos, “obligación que claramente afectaría el valor de la compañía si el contenido de la cláusula hubiese sido aquel que ahora el MINTIC alega, y que implica la entrega gratuita de una parte muy importante de los activos de la empresa” (Alegato, p. 63). Manifiesta que, “No sobra aclarar que la importancia de este hecho radica en que el documento CONPES es un documento del Estado y que COLTEL cuenta con una importante participación de capital estatal, de lo que se desprende que dicho documento es otro acto público en el cual el estado expresó su entendimiento de los alcances de la cláusula de reversión y que sólo hasta ahora busca modificar diametralmente.” (Alegato, ps. 63-64)*

Con base en todo lo anterior se afirma que “En conclusión, el comportamiento de las partes a lo largo de la ejecución permite dilucidar que la verdadera intención de los contratantes no es igual a la establecida en la cláusula 33 y...teniendo en consideración los criterios de interpretación aquí señalados, es claro entonces que tanto Comcel

y el MINTIC interpretaron conjuntamente y con el consentimiento del otro, la cláusula de reversión de forma que sólo debía incluir el espectro radioeléctrico, situación que el Tribunal debe tener en cuenta al momento de decidir el presente caso, que no acompasa con el comportamiento que se tuvo a lo largo de 20 años de ejecución contractual”. (Alegato, p. 64)

- iv. *Pone de relieve que la reversión del espectro, de acuerdo con el tenor literal de los contratos, es “respecto de las frecuencias en la banda de 850MHZ, quedando excluida de la reversión la banda de 1900 MHZ. Así mismo, debemos indicar que dicha obligación ya fue cumplida en tanto el espectro ya fue entregado al estado, quien posteriormente, lo ha vuelto a asignar al operador en virtud de una autorización particular que no es objeto del presente litigio” (Alegato, p. 64). Añade que ese alcance de la reversión “benefició la prestación del servicio y le quitó al estado la obligación de adquirir equipos tecnológicos que, por la prestación misma de las telecomunicaciones, tienen una depreciación que no interesa al Estado adquirir.(-) Surge la inquietud alrededor de, para qué pactar una cláusula que aclara algo que se encuentra establecido en la constitución y en la ley misma. ¿Para qué decir que se debe revertir el espectro, si el mismo, patrimonialmente hablando, nunca ha salido de la órbita de la Nación?” (Alegato, ps. 64-65); luego de mencionar un aparte de un testimonio que alude a la importancia de entender la reversión “como la limpieza del espectro utilizado”, concluye que “la obligación de revertir el espectro no se trata de una obligación sin contenido como lo ha sostenido la parte convocante, sino que impone a los operadores, una vez se terminara la concesión del servicio, entregarán el único bien necesario para que el Estado pudiera garantizar la prestación del servicio con las tecnologías más recientes”. (Alegato, p. 65)*
- v. *Se resalta que Ministerio expresamente manifestó, en proceso arbitral iniciado en su contra por Ocel, al demandar en reconvencción al Convocante, que las redes no revierten “**PUESTO QUE OSTENTARÁN LA CONDICIÓN DE PÚBLICAS EN TANTO AFECTAS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. LO QUE ES OBJETO DE LA REVERSIÓN ES PRECISAMENTE EL OBJETO DE LA CONCESIÓN: LA FRANJA DE ESPECTRO CONCEDIDA**” (Alegato, p. 66. Las mayúsculas son del texto); y que al reformar la demanda manifestó que “(...) las condiciones del contrato 004 fueron modificadas por la ley y, en consecuencia, **el concesionario dejó de tener la obligación de entregar elementos y bienes afectos a la concesión, los cuales tiene (sic) un gran valor económico y cuya reversión contractualmente tenía derecho el Ministerio de Comunicaciones**” (Alegato, p. 68, el resaltado es del texto).*
- vi. *Invocando el segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil, señala que la cláusula fue redactada por el Ministerio y debe ser interpretada*

a favor de Comcel, dado que “(...) *ante la imposibilidad de conocer con certeza la voluntad de las partes de una cláusula eminentemente dispositiva, se debe interpretar en contra del MINTIC, y a favor de los operadores, los (sic) cual supone que la interpretación adecuada es que solamente se debe revertir el espectro radioeléctrico*”. (Alegato, p. 69)

- vii. Según Comcel, las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, cuya constitucionalidad fue objeto de la sentencia de exequibilidad de la Corte ya mencionada por el Tribunal, fueron “incorporadas” a los contratos de concesión como consecuencia de lo dispuesto en la cláusula vigésima novena de los contratos.

2.2.4 El concepto del Ministerio Público

En su concepto el señor Procurador hace un completo estudio de la reversión a la luz de la ley y la jurisprudencia. Frente al caso concreto se refiere al artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y señala que entre las regulaciones que se encontraban vigentes cuando se celebraron los contratos se encuentra la cláusula de reversión prevista en el Decreto Ley 1900 de 1990 y en la Ley 80 de 1993, e incorporada expresamente en todos los contratos en la cláusula Trigésima Tercera de todos ellos.

Advierte que la cláusula de reversión pactada no sólo se funda en el interés público, sino que es producto de la voluntad de las partes. Lo cual, en realidad encuentra su fundamento en un elemento consustancial a los acuerdos, como lo es la voluntad de las pactantes.

Señala que la Cláusula de reversión estuvo vigente en la legislación, para los contratos de concesión de telefonía celular hasta la expedición de la Ley 142 de 1994, cuya vigencia se dispuso a partir de su publicación en el diario oficial, circunstancia esta que se realizó el 11 de julio de 1994, en el Diario Oficial No. 41433. Significa lo anterior que si los contratos de concesión de telefonía celular fueron celebrados el 28 de marzo de 1994 y en ellos se incluyó la cláusula de reversión la cual, como ya se dijo, dejó de ser obligatoria el 11 de julio de 1994, la reversión se encuentra vigente en los contratos y es de imperioso cumplimiento para las partes.

Situación diferente es la que se presenta con relación a la expedición de la Ley 1341 de 2009, específicamente con lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 68. Se refiere entonces a la sentencia de la Corte Constitucional C-555 de 2013 en la cual la Corte Constitucional declaró la EXEQUIBILIDAD del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

Expresa entonces que es claro que de conformidad con el análisis hecho y a la luz de la Sentencia C-555 de 2013 de la Corte Constitucional, la cláusula de reversión se encuentra pactada y vigente en los contratos de concesión de telefonía celular

números 000001, 000002 y 000003, 000004, 00005 y 00006 celebrados por el Ministerio de Comunicaciones y cuyas obligaciones están hoy a cargo de las compañías Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A., los cuales terminaron de manera anticipada el 28 de noviembre de 2013; por lo tanto es de obligatorio cumplimiento para los contratistas de conformidad a lo establecido en los contratos y el ordenamiento jurídico colombiano revertir al Ministerio, sin que se genere compensación alguna, todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes necesarios directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular durante todo el tiempo de la ejecución contractual. Es decir, desde el 28 de marzo de 1994 hasta el 28 de noviembre de 2013.

Advierte que las obligaciones que deben cumplir los contratistas con relación a la cláusula de reversión no se limitan solamente al Plan Mínimo de Expansión, como lo pretenden interpretar ellos, sino que hace relación a todas las obligaciones pactadas en cada uno de los contratos de concesión, pues el Plan Mínimo de Expansión no fue la única obligación adquirida por los contratistas. Sobre este particular destaca algunas respuestas consignadas en el informe escrito rendido bajo la gravedad de juramento por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Ahora bien en cuanto a cuáles son los activos, por qué valor y por cuál periodo están obligadas a revertir al Ministerio, las compañías Telefónica y Comcel, consideran que debe tenerse en cuenta la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión, mediante la cual las partes pactaron la reversión de todos los elementos y bienes afectados a la concesión, es decir, los activos necesarios para el cumplimiento del objeto contractual; en otras palabras los activos necesarios que aseguren la continuidad de la prestación del servicio; el cual como servicio público es inherente a la finalidad social del Estado; y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política.

Para lograr este cometido deberán tenerse en cuenta las descripciones, cálculos y apreciaciones expuestas, de una parte, por el peritazgo técnico en cuanto a la clase de activos y su cantidad, de conformidad con la tecnología utilizada en su momento; y otra, la valoración de estos activos realizada por el peritazgo financiero.

Expresa que en el momento que no sea posible obtener de parte de los contratista la reversión real de los activos bien sea ya por su obsolescencia o bien por su inexistencia habrá de apelarse a su compensación económica teniendo en cuenta para su valoración los mismos criterios y parámetros expuestos en los respectivos informes rendidos por los peritos designados para tal fin, en el entendido que se trata de compensar el equivalente a una red funcional, es decir, que sea adecuada a sus fines y permita la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional del servicio público de telefonía celular.

Finalmente, solicita al Tribunal que disponga la liquidación judicial de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 00005 y 00006 de 1994 celebrados por el Ministerio de Comunicaciones cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las

compañías Telefónica y Comcel y dentro de la liquidación se acceda a las pretensiones relacionadas con la obligación legal y contractual de la reversión contenida en los numerales 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5 de la demanda. De no ser posible acceder a estas pretensiones que se ordene en su lugar la pretensión subsidiaria contenida en el numeral 3.1 de la demanda.

Igualmente solicita acceder a las pretensiones relativas a la condena de intereses moratorios, costas y agencias en derecho del presente proceso.

2.3 EL CONCEPTO DE REVERSIÓN MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL

2.3.1 Antecedentes

No cabe duda que las normas de contratación estatal y su orientación, se encuentran directamente ligadas con el tipo de Estado al que pertenecen. La Carta Política de 1991 adopta un modelo diferente al consagrado en la Constitución de 1886 y especialmente en lo que hace a su reforma del año 1968, que respondía a lo que se ha dado en llamar Estado Monopólico Público, con su estructura piramidal contenida fundamentalmente en los Decretos 1050 y 3130 de 1968. Su correlativa ley de contratación, Decreto 222 de 1983, buscaba como toda normativa dentro de ese esquema constitucional, mantener la posición exorbitante del Estado, dada la condición de éste como titular único y prestador exclusivo y excluyente de los hoy denominados servicios públicos domiciliarios, teniendo en la contratación una herramienta idónea para la gestión y desarrollo de los mencionados servicios.

La Constitución de 1991, como se anotó, definió una nueva orientación en el papel estatal, pasando de un monopolio público en el manejo de los servicios, a un Estado desregulado y competitivo, a la luz de los artículos 333 y 365, bajo los principios del 209 y dentro de las responsabilidades del 90 de dicho cuerpo superior.

La competencia libre se estableció como un derecho de todos, dentro de los límites del interés general y el bien común y acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Así las cosas, el Estado adoptó un rol protagónico en el manejo de la riqueza, erigiéndose como un agente más de la economía, en libre competencia con cualquiera otro, llámese persona natural o jurídica; pública o privada; nacional o extranjera.

La desregulación, la apertura y la desmonopolización, se ponen a la orden del día, adquiriendo el principio de la autonomía de la voluntad un papel preponderante y principalísimo en la contratación estatal, que se define como el medio idóneo para cumplir con los fines del Estado, dentro de un marco de libertad e igualdad y se constituye en la respuesta a un nuevo Estado de Derecho.

La Ley 80 de 1993, busca dotar al Estado de las herramientas necesarias para competir en igualdad de condiciones y garantías con el sector privado nacional o extranjero, sin perder con ello su función social fundamental, haciendo de los contratistas colaboradores de la administración, en el cumplimiento de sus tareas. Uno de sus preceptos más importantes es, sin duda, el consagrado en el artículo 13

que señala como lógica respuesta a la orientación constitucional, que las normas aplicables a la contratación estatal, serán las disposiciones comerciales y civiles, que tienen como sustento la autonomía de la voluntad salvo en las materias particularmente regladas en la Ley 80. Esta previsión es de máximo interés, en la medida en que establece, como resultado del nuevo régimen constitucional de corte competitivo y desmonopolizado, la imposibilidad de que existan distintos regímenes aplicables para los diversos actores en competencia, lo cual iría en contravía del principio de igualdad y libre acceso a los mercados. Así las cosas, frente a esta nueva perspectiva, aquello que se pacte en virtud de la autonomía de la voluntad, salvo por algunos aspectos de capacidad (inhabilidades, incompatibilidades, registro único de proponentes, consorcios y uniones temporales); principio de selección objetiva y sus mecanismos; manejo económico del contrato (equilibrio económico y riesgos) y potestades excepcionales fundamentalmente, adquiere un peso muy significativo, en la medida en que el Código de Comercio y el Código Civil se constituyen, como regla general, en las normas de contratación estatal.

El contrato estatal, denominación que moderó los conceptos referentes a contratos administrativos y de derecho privado de la administración, existentes con anterioridad al modelo competitivo y desregulado del Estado Colombiano instaurado después de la Constitución de 1991, le otorgó a la autonomía de voluntad ya sea pública o privada, un fuerte margen y peso, dejando vigente el carácter público de los contratos, donde aparezca una parte estatal, independientemente del régimen aplicable.

Los Contratos de Concesión son estatales y, según su naturaleza y su propio texto, son de aquellos acuerdos a los que se les aplican las excepciones consagradas en la Ley 80 y sus normas concordantes, resaltando, para los propósitos del presente Laudo, lo concerniente a las potestades contenidas en el artículo 14 del mencionado cuerpo normativo.

La figura de la “reversión” se remonta en su conceptualización a tiempos inmemoriales, entendida clásicamente como una recuperación del dominio de un bien público, criterio ligado a la necesidad de asegurar que retornase al soberano una facultad enajenada temporalmente a otro. Lo anterior, basado en el principio de la inalienabilidad de la soberanía, idea ésta que ha variado diametralmente en el derecho moderno, especialmente a partir de los contratos de concesión, pues en este contexto específico, no se presentan las enajenaciones del Estado a particulares que requieran su regreso posterior, dejando a un lado un elemento esencial del criterio antiguo y primigenio, para pasar a ser simplemente un elemento accidental que procede sólo por pacto y posteriormente, bajo la figura de una potestad excepcional pública, obligatoria por ley en algunos tipos de contratos²⁹.

Actualmente la reversión no es una previsión de corte político, ligada a la prerrogativa del soberano para evitar la prescripción inmemorial, sino una cláusula de índole económica. Colombia no ha sido ajena a esta evolución conceptual. En un inicio se entendió como la facultad del Estado para que una obra en concesión

²⁹ Ver sobre el punto, Eduardo García Enterría. “El dogma de la reversión de las concesiones”, en “Dos estudios sobre la usucapión en derecho Administrativo. Tercera edición Civitas, Madrid 1998.

regresara al Estado. Antecedente de esta orientación se remonta al año 1876 con el contrato Salgar/Wyse mediante el cual se entregó la concesión para la construcción y explotación del Canal Interoceánico por 99 años. Después de transcurrido este plazo, sin compensación alguna para los franceses, retornaría la obra al País.

Avanzando para precisión y claridad del tema que nos atañe, la Real Academia de la Lengua Española en su Diccionario, define la reversión como: *“Restitución de algo al estado que tenía”; o “Acción o efecto de revertir.”* A su turno “revertir” está entendido como *“Volver al estado o condición que tuvo antes”; o “Volver a la propiedad que tuvo antes o pasar a un nuevo dueño”*. De una primera lectura de la definición transcrita en precedencia, la noción de reversión parecería hacer relación al retorno de algo a su estado de origen, vale decir, según una de sus acepciones sería el regreso al patrimonio público de bienes de propiedad de éste, con el objeto de posibilitar la ejecución de un acuerdo de voluntades. Igualmente la definición hace referencia al hecho de que la propiedad pasa a un nuevo dueño.

Así las cosas, se contemplan las dos ideas que se han tenido respecto de la reversión, la clásica que da cuenta de la necesidad de evitar, por razones de soberanía, la prescripción inmemorial, recuperando el dominio de los bienes por parte del Estado. La segunda, que hace referencia a la cláusula en análisis como una de carácter exclusivamente económico, que parte de la base de que el concesionario puede recuperar su inversión en la ejecución del contrato, lo que constituye elemento sustancial para estructurar su oferta, de manera que se posibilite, sin costo alguno para el Estado, el traspaso de bienes del contratista a su nuevo dueño, para permitir la continuidad en la prestación del servicio.

Fue precisamente este último el sentido atribuido por el legislador, en las normas que regularon la materia en Colombia, por lo menos desde los Decretos 1670 de 1975; 150 de 1976, 222 de 1983 y como ya se dijo la Ley 80.

En este punto del análisis y para mayor claridad, vale la pena brevemente señalar cómo en el país, en los sectores mineros, petrolero y portuario se consagró de tiempo atrás la figura de la reversión. La Ley 13 de 1937 y los Decretos 805 de 1947 y 2655 de 1988 —Código de Minas— contemplaban la reversión como una figura que operaba al vencimiento de los contratos de concesión de minería, obligando al contratista a dejar en estado de funcionamiento los equipos, instalaciones y obras mineras, contemplándose la entrega por parte del particular y de manera gratuita al Estado, de toda propiedad inmueble o mueble adquirida con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte. En el Código de Minas de 1988 se hacía referencia a bienes adquiridos o construidos por el contratista, que debía entregarlos a la entidad concedente, de manera gratuita a la terminación del contrato.

En la Ley 13 de 1937, ya mencionada, se establece la reversión en igual sentido, vale decir, como la obligación a cargo del contratista de pasar gratuitamente a poder de la Nación, todos los bienes e instalaciones del concesionario, al término del contrato. En igual vía, se consagró la figura de reversión en el estatuto de puertos, Ley 1 de 1991, estableciéndose como deber del concesionario el de ceder

gratuitamente a la Nación todas las construcciones e inmuebles por destinación, que se encontraran habitualmente instalados y que fuesen necesarios para la concesión.

El Decreto Ley 222 de 1983, preveía que la institución de la reversión es de la esencia del contrato de concesión de bienes, y en el contexto de esta norma los bienes de propiedad del concesionario y las instalaciones por él construidas, pasaban a ser de propiedad de la entidad pública contratante por razones, no sólo de equidad, sino principalmente por motivos de carácter económico relativos a la amortización del capital invertido por el particular durante el término de ejecución del contrato y asimismo asegurar que se pudiera continuar explotando el bien concedido o prestando el servicio, una vez terminada la concesión. Esto conduce a que los bienes del contratista afectos a la inversión, quedaran de propiedad de la entidad contratante gratuitamente. Factores de interés social también están ligados a la denominada reversión (término este no utilizado en el texto del 222), en tanto y en cuanto es fundamental que se garantice la continuidad de la prestación del servicio público en beneficio del interés general.

En la normativa estudiada, los bienes objeto de “reversión” se circunscribían a aquellos que pasaban a ser propiedad de la administración, cuando antes no lo eran, situación bien distinta a la “restitución”, que se hace al término del contrato de concesión, de bienes o elementos de propiedad de la entidad concedente y que se encuentran adscritos al servicio.

El artículo 104 del Decreto Ley 222/83³⁰ estableció en su literal b) como obligación del concesionario, la conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de la obra y su “restitución” al término del contrato.

³⁰ ARTICULO 104. DE LAS ESTIPULACIONES OBLIGATORIAS - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Además de las cláusulas previstas en la parte general del presente estatuto, en los contratos de obra pública por el sistema de concesión se estipulará:

1. Que el término de su duración no podrá ser superior a veinte años.
2. Que el reglamento, expedido por la entidad concedente, para la utilización de los bienes forma parte integrante del contrato, pudiendo ser modificado por ella cuando las necesidades o la protección de los usuarios así lo exijan.
3. Que el concesionario tendrá a su cargo:
 - a. El pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores vinculados a la obra o empresa y la responsabilidad por el pasivo laboral, incluyendo la amortización del fondo de pensiones.
 - b. La conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de la obra y su restitución al término del contrato.**
 - c. La indemnización de los perjuicios que en desarrollo del contrato se ocasionen a terceros.
 - d. La preparación técnica del personal colombiano que designe la entidad concedente con el fin de que, terminado el contrato, asuma la organización y dirección de la obra.
 - e. La ejecución de los trabajos de reparación, adición o conservación que fueren necesarios para la utilización de la obra.
4. Que habrá un interventor encargado de verificar y exigir el debido cumplimiento del contrato.
- 5. Cuáles son los bienes que, sin reconocimiento o indemnización alguna, pasarán a propiedad de la entidad contratante cuando termine el contrato por vencimiento del plazo, declaratoria de caducidad o renuncia del concesionario, o cualquier otra causa.**
6. Que el concesionario será responsable de la pérdida o deterioro de los bienes que conforme al numeral anterior, pasan a ser propiedad de la entidad contratante, salvo fuerza mayor o caso fortuito.
7. La entidad concedente podrá comprar al concesionario los bienes, distintos de los previstos en el numeral 5, que sean necesarios para la utilización de la obra. **(Negrillas fuera del texto)**

Por su parte, el numeral 5 del artículo arriba citado, consagró un evento obligacional diferente a cargo del particular, que es aquel en el cual los bienes de propiedad, ya no de la entidad sino del contratista concesionario, pasaban de manera gratuita al patrimonio de la concedente al término del acuerdo de voluntades. Este entendimiento es precisamente el que ha estado plasmado en la ley colombiana de contratación, entendiéndose por “reversión” una figura de contenido distinto al que tiene la “restitución”. En la primera, el titular del elemento o bien es el contratista, mientras que en la “restitución” el titular del elemento o bien es el Estado.

Posteriormente ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 14 que en “*los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión*” y en el artículo 19 estableció “*En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.*” De esta manera dicha ley claramente consagró la reversión en los contratos de concesión o explotación de bienes estatales, para aquellos bienes afectados a la explotación o concesión que no eran propiedad del Estado.

Es pertinente recordar que en la exposición de motivos de la Ley 80, se señaló que “Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados” (Se subraya).

Así mismo, también sirve de parámetro de referencia la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre la mencionada potestad excepcional, para distinguirla de la expropiación. A tal efecto en la sentencia C-250 de 1996 la Corte precisó que la reversión se distingue claramente de la expropiación por cuanto la reversión “*está incluida en los contratos de concesión y explotación de los bienes estatales, de manera que quien acepta participar en la licitación para la adjudicación de estos contratos, conoce las condiciones de los mismos, una de las cuales es que la reversión está incluida como cláusula obligatoria en el contrato. Así entonces, al concesionario no se le impone forzosamente la cláusula, por cuanto al momento de la firma del contrato, acepta libre y voluntariamente someterse a las condiciones pactadas en él, una de las cuales es que a la terminación de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, como consecuencia de lo dispuesto por la ley que obliga a incluir dicha cláusula como parte esencial de esta clase de contratos*”. Por el contrario, en la expropiación, “*no existe consentimiento por parte del sujeto expropiado ni acuerdo entre expropiante y expropiado, pues su finalidad es el interés público*”. Precisó la Corte que “*Siendo entonces la cláusula de reversión de carácter contractual, producto de una norma jurídica y de un pacto libre y voluntario entre las partes que suscriben el convenio, mal podría especularse, como lo hace el actor, que con ello se desconozca la propiedad privada*”.

Agregó la Corte en dicha sentencia lo siguiente:

“Por el contrario, en relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión.

“Ahora bien, resulta pertinente manifestar que la presunción de conocimiento de la ley respecto de la cláusula de reversión en los contratos administrativos en lo que hace referencia a la destinación de los bienes que se utilizan en la concesión, permite que exista total claridad en torno a la titularidad última del dominio de dichos bienes, lo que lleva a que el valor respectivo se incluya desde el mismo momento de la presentación de la oferta, de tal manera que el monto de los bienes que se traspasan al Estado se compense desde el mismo momento de la firma del contrato.

“No hay duda, pues, conforme a lo anterior, que la intención del legislador en la norma acusada no fue la de consagrar una expropiación sin indemnización, sino por el contrario, erigir un instituto propio de la naturaleza de los contratos de concesión o explotación de bienes estatales, que persigue mantener la continuidad del servicio público al momento de la extinción del contrato.” (Se subraya)

2.3.2 El objeto de los Contratos y la cláusula Trigésima Tercera

En relación con la naturaleza y alcance de los contratos objeto de este proceso se han expuesto diversas posiciones que inciden en la decisión que deberá adoptarse por lo cual el Tribunal debe entrar en su análisis.

Así, la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones en concepto de enero de 1997 expresó³¹:

“El art. 19º de la Ley 80 de 1993, dispone que ‘En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.’

“Teniendo en cuenta el artículo anteriormente transcrito, que a la luz del art. 1º de la Ley 37 de 1993, el objeto de los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular es la explotación de la parte del espectro electromagnético asignado al servicio, y que de acuerdo con el artículo 18º del Decreto Ley 1900 de 1990, el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado, resulta apenas lógica la aplicación y conservación de la cláusula trigésima tercera e los contratos vigentes.” (Se Subraya)

Así mismo, en el laudo proferido para dirimir las controversias entre Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel y la Nación – Ministerio de Comunicaciones se dijo:

³¹ Cuaderno de Pruebas No. 22, folio 188.

“En el presente caso, de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se tiene que de acuerdo con la ley, se está en presencia de un Contrato Estatal de concesión, el No. 005 del 28 de marzo de 1994, modificado el 28 de agosto de 1995 y posteriormente el 30 de enero de 1997, cuyo objeto es doble: por una parte la concesión para la prestación o explotación económica por cuenta y riesgo del concesionario, del servicio público de telefonía móvil, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso del servicio de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado el concesionario constituye un elemento principal y, por la otra, la concesión para la utilización de un bien del Estado, de uso público, esto es, el espectro radioeléctrico, con el fin de prestar a favor de los usuarios dicho servicio en la red A y en el área Occidental, en las bandas de frecuencias asignadas de 824.040 a 825.000MHz, 825.030 a 834.990 MHz y 845.010 a 846.480 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y 869.040 a 870.000 MHz, 870.03 a 879.990 y 890.010 a 891.480 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el pliego de condiciones y las normas reglamentarias” (se subraya).

Por otra parte, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-555 de 2013:

“Observa pues en este punto la Corte que, la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia le resultaba aplicable el precepto legal transcrito. Esto es, el pacto de reversión se entendía incorporado, y por ello, al concluir la concesión, se debe hacer efectiva, además de la devolución de las frecuencias, la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la prestación de servicios, con destino a la Administración.” (Se subraya)

Adicionalmente, en el desarrollo del presente proceso la Demandante ha insistido en que el contrato de concesión tiene por objeto el espectro electromagnético, por lo que implica la reversión de los bienes afectados, en tanto que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha señalado que la concesión a que se refiere este proceso implica una concesión de servicios. Igual posición han adoptado las Demandadas.

Ahora bien, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013, en la que se refirió a los contratos materia de este proceso, *“será labor de cada instancia competente, en concreto, verificar cuáles eran puntualmente las disposiciones legales vigentes para definir cuál es el régimen legal aplicable al respectivo contrato”*. Por ello con el fin de precisar el régimen jurídico aplicable es pertinente señalar lo siguiente:

Se tiene que desde el mismo momento en que el Estado planteó el negocio a los posibles licitantes, ya existían claridades que se hace importante resaltar.

El numeral 1.1 del pliego de condiciones de la licitación 045 de 1993 estableció que el objeto de la convocatoria era “(...) *otorgar mediante contratos de concesión, la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular en la red (...) a sociedades privadas, tal como lo establece la Ley 37 de 1993 y el Decreto reglamentario 741 de 1993.*”

A su vez, numeral 1.2 del pliego (Folio 00062 del cuaderno de pruebas No. 2) señaló que “(...) *la concesión incluye el derecho de utilizar las frecuencias radioeléctricas*”; de esta redacción puede colegirse que la concesión se contraía a la explotación del servicio de telefonía móvil celular en los términos de las definiciones contenidas en el pliego, y en tal virtud, lo contratado para explotación no eran las frecuencias radioeléctricas, que obviamente se constituyen en un elemento esencial para dicha explotación, sino el servicio móvil celular.

De igual forma el pliego, en su página 50 numeral 1 sección iv indicó que “*El proponente deberá establecer como Oferta Económica el precio que esté dispuesto a pagar al Ministerio de Comunicaciones por el derecho a explotar el servicio de telefonía móvil celular en el área (...) Esta oferta se compone de dos elementos: El valor de los Derechos de Concesión y el valor para la financiación del Plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas*”. (Folio 73, cuaderno de pruebas No. 2)

De los numerales transcritos se puede colegir que los interesados no estaban ofertando, con todo lo que ello implica, por el uso del espectro sino por la prestación del servicio de telefonía celular en Colombia.

En este sentido, la cláusula primera del contrato de concesión señala: “*El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del Concesionario del servicio de telefonía celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RPTC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico, asignado al Concesionario, constituye su elemento principal.*”³²

A su turno el parágrafo segundo estableció: “*Las redes de telefonía móvil celular que se instalen en desarrollo de este contrato, lo mismo que sus aplicaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones forman parte de las redes de telecomunicaciones del Estado de conformidad con los artículos 14, 15 y 23 del Decreto 1900 de 1990 y el artículo 5 y 6 del Decreto 741 de 1993.*”³³

³² Cuaderno de Pruebas No. 17, folio 6.

³³ Cuaderno de Pruebas No. 17, folio 7.

De conformidad con lo taxativamente indicado, no cabe duda que el objeto de los contratos de concesión, como ya se ha reiterado, fue **la prestación por cuenta y riesgo del Concesionario del servicio de telefonía móvil celular.**

En este punto del análisis vale la pena determinar si la cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión, hace referencia a la potestad excepcional de la Ley 80 definida en su artículo 19, que reza:

*“DE LA REVERSION. En los contratos de **explotación o concesión de bienes estatales** se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”* (Negrilla fuera de texto)

A este respecto se advierte que la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión dispone³⁴:

“CLAUSULA TRIGÉSIMA TERCERA.- REVERSION. Al finalizar el término de concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan ser propiedad de la Nación-MINISTERIO DE COMUNICACIONES, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna”

De la sola lectura de los textos enunciados, se determina que al ser el objeto de los Contratos de Concesión, la prestación del “servicio de telefonía celular en Colombia”, éste no concuerda con el supuesto contenido en el artículo 19 de la Ley 80 sobre reversión como potestad excepcional. Aunque existe una evidente semejanza entre el texto de la cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión y el artículo 19 de la Ley 80, estos textos no corresponden jurídicamente al mismo concepto, en la medida en que la potestad excepcional resulta aplicable exclusivamente a los contratos de concesión de bienes y no a los de servicios, como es el caso *sub examine*.

A su turno, lo consagrado en la mencionada cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión, denominada por las partes “reversión”, tampoco podría considerarse que se trata de la potestad excepcional prevista en la Ley 80, en la medida en que esta se caracteriza por conceder competencia a una de las partes, es decir, convertirla en juez y parte de su propio asunto para decidir a través de acto administrativo, lo cual no puede provenir de la autonomía de la voluntad.

En el caso presente, es claro que las partes autónomamente pactaron que al término de la concesión, unos elementos y bienes pasarían a ser propiedad de la Nación, cuando los mismos estuvieren directamente afectados a la concesión. Comcel sostiene que dicha cláusula es ineficaz. Sin embargo, si esta se examina a la luz del derecho privado, no se advierte razón alguna para negarle eficacia. En efecto, una cláusula que establece que a la finalización de un contrato determinados bienes han de pasar a la otra parte, no está prohibida por la ley y no viola el orden

³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 365, 423 y 474 y Cuaderno de Pruebas No 11, folios 205, 259 y 323.

público ni las buenas costumbres. Así, por ejemplo, es bastante común pactar en contratos de arrendamiento de bienes, que el arrendatario puede realizar una serie de obras y dotar el bien arrendado con otros bienes, que a la terminación del contrato quedarán en manos del arrendador. No sobra además destacar que la cláusula en sí misma no faculta al Ministerio de Comunicaciones para expedir un acto administrativo que defina la reversión, razón por la cual precisamente se ha acudido al presente proceso, en el cual el juez del contrato debe adoptar la decisión correspondiente. Es decir, que la cláusula pactada no implica el ejercicio de prerrogativas exorbitantes propias de las entidades públicas.

Desde este punto de vista a esta cláusula debe dársele un efecto práctico y operativo dentro del contrato, no siendo pertinente dejarla sin aplicación, al tenor de lo establecido en el artículo 1620 del Código Civil, que estipula que *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel que no sea capaz de producir efecto alguno.”*

En tal virtud es diáfano que sólo los bienes directamente afectados a la concesión pueden ser objeto de la llamada, contractualmente, reversión, para pasar a ser de propiedad del Ministerio. Se comenta que el espectro electromagnético no es un bien del concesionario sino del Estado y por tanto, se encuentra en un supuesto de hecho que no cabría en lo establecido en esta cláusula.

Ahora bien, lo que no está definido es cuáles son los elementos y bienes objeto de la denominada reversión, circunstancia ésta que no afecta la validez de la cláusula, ni la hace inaplicable, pues dichos elementos y bienes pueden ser precisados, según se examinará más adelante.

Así las cosas, es de concluir que la cláusula Trigésima Tercera, aún vigente, provino exclusivamente de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libremente decidieron titularla “reversión” y definir su contenido y alcance, y la cual es plenamente válida y eficaz.

2.3.3 La vigencia de la cláusula de reversión

Dado que en el presente proceso se ha invocado la existencia de normas legales posteriores a la celebración del contrato que afectan el alcance de la cláusula de reversión, procede el Tribunal a examinar tales disposiciones para decidir si ello es así.

2.3.3.1 La situación del contrato con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998

Con posterioridad a la celebración y durante la ejecución de los contratos se expidió la Ley 422 de 1998, la cual en su artículo 4º dispuso:

“Artículo 4º. *En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio*

concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial.”

Sobre el sentido de dicha ley se puede discutir si la misma es simplemente interpretativa, como lo sugiere una de las partes en el proceso, o si ella modifica las reglas preexistentes y los contratos ya celebrados.

En relación con el posible carácter interpretativo de esta ley considera el Tribunal procedente referirse al trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 422 de 1998.

Lo primero que se advierte es que dicha ley tiene como origen el “Proyecto de Ley número 164 de 1996 Cámara”³⁵, el cual tenía por propósito determinar la forma de prestación, la tecnología y clase de servicio telefónico a utilizar en los planes de expansión en los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas. El artículo sobre reversión al que se ha hecho referencia, fue introducido por la Cámara de Representantes, como consta en la Gaceta No. 518 de 1996 en la página 1 que contiene el Pliego de Modificaciones al Proyecto de Ley número 164 de 1996. A tal efecto, la justificación expresada fue la siguiente:

“La figura de la reversión, atendiendo a su génesis y a la aplicación que ha tenido en el campo de la contratación estatal, no tiene el alcance que ha pretendido dársele en las concesiones de telefonía móvil celular. En efecto, lo que la reversión ha permitido es que cuando se da a un particular la facultad de explotar un bien público, como el subsuelo o una carretera, resulta apenas evidente que al vencimiento de la concesión, el Contratista deje para el Estado los bienes públicos y sus adherencias y modificaciones.

“Es así como en materia petrolera, ha sido usual (aunque recientemente se plantea su modificación) que al término de la concesión de un área de explotación petrolera, ésta quede de propiedad del Estado, con todos sus mejoras.

³⁵ Folio 148 del Cuaderno de Pruebas No 13: PROYECTO DE LEY 164 DE 1996 CÁMARA
“por la cual se modifica parcialmente el artículo 4º de la Ley 37 de 1993”

Artículo 1º. El Ministerio de Comunicaciones determinará la forma de prestación, la tecnología y clase del servicio telefónico a utilizar en los planes de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas de que trata el artículo 4º de la Ley 37 de 1993. Para el efecto, el Ministerio suscribirá las modificaciones necesarias a los contratos vigentes para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Cubiertas las necesidades telefónicas de los municipios indicados anteriormente, el Ministerio de Comunicaciones podrá ampliar la cobertura del servicio telefónico a otros municipios con necesidades básicas insatisfechas.

Artículo 2. La presente ley rige a partir de la fecha de publicación, modifica la ley 37 de 1993 y deroga las normas que le sean contrarias”

El Ministro de Comunicaciones,

Saulo Arboleda

“La situación en materia de telecomunicaciones resulta del todo contraria a lo expuesto. Lo que se entrega a particulares son frecuencias de espectro radioeléctrico para su uso; estas no se desgastan con el mismo, y son las que deben devolverse, ya que por disposición constitucional pertenecen al Estado. En telecomunicaciones lo que realmente se da en concesión es el derecho de prestar un servicio público en forma temporal, ya que la titularidad la retienen el Estado, y un bien del Estado no se concede.”³⁶ (Pág. 2 Gaceta 518)

Así mismo, en la ponencia para segundo debate en el Senado del proyecto que se convirtió en la Ley 422 se expresó:

“Proponemos igualmente, la conservación del artículo 4º. del proyecto a propósito de la reversión. Más sin embargo, después del foro, pudimos concluir, que lo más benéfico para el sector es dejar este tema como una política general del sector de las comunicaciones y no de un solo servicio como el de la telefonía celular, tal y como se aprobó en la H. Cámara de Representantes.”³⁷

En igual sentido, en el debate del 5 de junio de 1997 se dijo lo siguiente:

“Igualmente resulta necesario precisar el alcance de la reversión en los contratos de Telefonía Móvil Celular. La muy precisa y acertada definición que propone la honorable Cámara es sin duda, el mejor mecanismo para lograrlo, dado que la asimila a lo que se entiende para los demás servicios del sector de las telecomunicaciones, en los que se aplica la reversión sobre el espectro radioeléctrico asignado a la prestación del servicio y que según nuestra carta política, es un bien inenajenable e imprescriptible sujeto a la administración, gestión y control del Estado.”³⁸

Desde esta perspectiva se advierte entonces que el propósito de la ley fue señalar que la reversión, en materia de telecomunicaciones, no debería operar igual que en otras materias como en la petrolera, porque en telecomunicaciones lo que se otorga es el derecho de prestar un servicio público en forma temporal, y que a lo que se aplica la reversión es al espectro radioeléctrico asignado a la prestación del servicio. Se dijo igualmente que la ley permite precisar el alcance de la reversión en los contratos de telefonía móvil celular.

Es claro que bajo los principios generales, el artículo 4º de la Ley 422 de 1998 puede aplicarse a los contratos de concesión que se celebraran a partir de la entrada en vigencia de la misma; pero lo que debe determinarse es si ésta puede considerarse interpretativa, y por ello aplicable incluso a situaciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor.

A este respecto debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha

³⁶ Folio 134 del Cuaderno de Pruebas No 13.

³⁷ Folio 131, vuelta, del Cuaderno de Pruebas No 13.

³⁸ Folio 315 del Cuaderno de Pruebas Número 15.

precisado las características que debe tener una ley interpretativa. Así, en sentencia C-197 de 1998, que ha sido reiterada con posterioridad, la Corte expresó:

“[E]l Congreso no puede, so pretexto de interpretar una ley anterior, crear otra nueva y diferente, pues si de la esencia de la norma interpretativa es su incorporación a la interpretada para conformar con ella una sola y única regla de derecho cuyo entendimiento se unifica cuando con autoridad el legislador fija su alcance, se reputa haber regido siempre en los mismos términos y con igual significado al definido en la disposición interpretativa. Y, por supuesto, si de lo que se trata en verdad es de impartir un mandato que en su fondo - con independencia del título que le asigne- es distinto del que venía rigiendo, tendría un carácter retroactivo y modificaría, en contra de la Constitución, situaciones jurídicas que ya se habían consolidado a la luz de la normatividad precedente.”

Así mismo, en sentencia C-245 de 2002 dijo la Corte:

“De esta manera, una norma legal interpretativa debe cumplir con varios requisitos, sin los cuales se desnaturaliza y carece de la virtud de integrarse a la norma interpretada. Primero, debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Segundo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Tercero, no debe agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material. Cuando se cumplen estos requisitos la norma interpretativa tiene el efecto de integrarse a la norma interpretada; en caso contrario, aquélla pierde su naturaleza interpretativa y es en realidad una reforma o adición de la norma interpretada.”(Se subraya)

Como se puede apreciar, la norma interpretativa debe ser clara en el sentido de precisar aquella que se interpreta y no puede implicar una modificación de la regla preexistente, por lo que debe fijar el sentido de la regla que se interpreta enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada. Y es por ello que en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 se establece con precisión que son las leyes “que se limitan a declarar el sentido de otras leyes”, las que “se entenderán incorporadas en éstas”. De esta manera, una norma que claramente adopta una regla que no corresponde al texto anterior, no puede considerarse interpretativa.

Es claro que lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 422 no cumple dichas condiciones, porque en primer lugar, no indica la ley que interpreta y, además, si se parte de la base que en las concesiones de servicios de telecomunicaciones no existía en ese momento, ni existe actualmente, una norma legal que establezca una obligación de revertir activos a la terminación del contrato de concesión, no se interpreta una ley preexistente. Por otra parte, si se entendiera que esta norma interpreta el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, bajo el argumento que la concesión de servicios de telecomunicaciones implica la concesión del espectro electromagnético, como en su momento lo sostuvo el Ministerio, se encuentra que,

por una parte, la ley no se refiere a la norma anterior que interpreta, y por el otro lado, lo que dispone es totalmente distinto a lo que consagra el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

En ese sentido, este último artículo, como ya se dijo, contempla la reversión sólo para los contratos de concesión de bienes estatales. De su redacción se tiene que aplica a una pluralidad de elementos o bienes, implicando una transferencia de éstos a la entidad estatal, siendo claro que, dado el carácter constitucional de inalienable del espectro, el mismo nunca sale de la propiedad del Estado. Es decir, que la Ley 422 no adopta una de las interpretaciones plausibles del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, si el mismo, en gracia de discusión, se considerara aplicable.

Desde otra perspectiva cabe preguntarse si, habida consideración que la Ley 422 de 1998 se refiere a los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, dicha norma interpreta la cláusula Trigésima Tercera de los Contratos de Concesión objeto del presente proceso.

Lo primero que se observa es que esta posibilidad presenta una grave objeción constitucional. En efecto, la interpretación de un contrato puede ser obra de las partes, que es lo que constituye la interpretación auténtica, o de un juez al que se somete el contrato. Al Congreso de la República la Constitución Política no le confió la tarea de interpretar los contratos. En efecto, al Congreso le corresponde interpretar las leyes (artículo 150, numeral 1o), conceder autorizaciones para celebrar contratos (artículo 150, numeral 9º) y aprobar los contratos que el Presidente de la República hubiese celebrado sin autorización previa (artículo 150, numeral 14). De este modo, la interpretación de unos contratos en particular no está dentro de su órbita de competencia y corresponde a los jueces o a las partes. Lo anterior porque si las partes no están de acuerdo en una interpretación de un contrato, el conflicto sobre la misma tiene que ser resuelto por un juez, lo que escapa a la competencia del Congreso de la República.

Pero aun si, en gracia de discusión, se aceptara que el Congreso de la República puede interpretar los contratos celebrados por la administración, con sujeción a las normas que la regulan, es claro que en todo caso debería aplicarse el criterio decantado por la Corte Constitucional en relación con las normas interpretativas, para señalar que el texto interpretativo, para serlo realmente, debe corresponder a uno de los significados plausibles de lo que se interpreta, lo que no ocurre en este caso

Siendo claro lo anterior, lo que debe establecerse es si la regla contenida en el artículo 4º de la Ley 422 modificó lo pactado en los contratos. En relación con esta norma hay que recordar que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, con excepción de las normas procesales y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado.

En relación con la aplicación de la ley en el tiempo a los contratos dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de mayo de 1938 (G.J: tomo XLVI, página 488) citando a Pascual Fiore:

“Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una de ellas (que es la que viene a ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico más que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no debe tener autoridad la ley posterior.”

“Parece pues fuera de toda controversia que las obligaciones y en cuanto concierne a su existencia, validez y efectos debe quedar bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que la obligación tuvo origen, y que no puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad.” (Se subraya)

Ahora bien, es claro que el legislador puede disponer que una norma legal se aplique a contratos en ejecución y ello ocurre cuando se trata de leyes “*que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior*”, las cuales, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, tienen efecto general inmediato. En el presente caso, el texto del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 no establece ninguna regla especial acerca de su vigencia, y adicionalmente dicha ley no fue expedida por los motivos que indica el artículo 18 de la Ley 153 de 1887.

Por consiguiente, a la luz de los principios señalados, el artículo 4º de la Ley 422 de 1998 no limitaba el alcance de la estipulación contenida en los contratos de concesión, sobre todo si se tiene en cuenta el claro texto contractual, del cual se desprendía que la reversión allí pactada, no se refería a las frecuencias radioeléctricas al ser estas de propiedad del Estado. Aceptar que el artículo 4º de la Ley 422 de 1998 aplicaba a la cláusula de reversión del contrato, implicaría recortar el efecto de la cláusula por una norma posterior, que por lo demás no era aplicable al contrato celebrado.

Según Comcel, las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, fueron “incorporadas” a los contratos de concesión como consecuencia de lo dispuesto en la cláusula vigésima novena de los contratos, a cuyo tenor, “*EL CONCESIONARIO declara conocer todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y acepta por lo tanto ajustarse en la ejecución del presente contrato a todas ellas y a las posibles modificaciones a que hubiere lugar en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, comprometiéndose en todo caso a obtener la modificación de las características esenciales del servicio de telefonía móvil celular*”.

En el sentir de Comcel, esa cláusula significa que las partes, sin ninguna distinción, “*acordaron que en cuanto a su relación contractual todos los cambios legales y reglamentarios que se hiciera sobre la materia, es decir sobre Telefonía Móvil Celular, se incorporaban automáticamente a los contratos durante su ejecución.*” (Alegato, p. 70), de manera que “*(...) los diferentes cambios legislativos y*

reglamentarios que se desarrollaron a lo largo de la ejecución del contrato sí modificaron su contenido y alcance en particular, el artículo 4 de la ley 422 de 1998 y el artículo 68, numeral 4 de la ley 1341 de 2009 (-) Tal consentimiento de las partes, se hizo evidente en la manera como ellas se comportaron a la largo de la ejecución contractual luego de la entrada en vigencia de las normas” (Alegato, p. 71). Y contra lo afirmado por Ministerio al respecto, consistente en sostener que la cláusula en mención se aplica a cuestiones reglamentarias propias de la prestación del servicio, replica que la cláusula quinta del contrato es la que tiene esa finalidad, de manera que debe conservarse el efecto propio de cada una (Alegato, ps. 72-73).

La convocada esboza una teoría sobre la incorporación normativa que, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que se refiere a las normas vigentes al tiempo de la celebración del respectivo contrato, con la lógica que ello le imprime a la hora de definir el carácter abstracto o concreto de la situación jurídica en que puedan encontrarse los contratantes en el evento de un cambio en las leyes aplicables a su relación. Comcel plantea que la cláusula en cuestión habría previsto hacia el futuro y de manera general la “incorporación” de las normas por venir, y que esa incorporación le daría fijeza a su aplicación durante la vigencia del contrato.

A este respecto considera el Tribunal lo siguiente:

La cláusula vigésima novena de los Contratos de Concesión establece:

“CLAUSULA VIGESIMA NOVENA. NORMAS REGLAMENTARIAS. El CONCESIONARIO declara conocer todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y acepta por lo tanto ajustarse en la ejecución del presente contrato a todas ellas y a las posibles modificaciones a que hubiere lugar en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, comprometiéndose en todo caso a obtener la autorización previa del MINISTERIO DE COMUNICACIONES para efectuar cualquier modificación a las características esenciales del servicio de telefonía móvil celular.” (Se subraya).

Lo primero que debe observar el Tribunal es que por su propia naturaleza, la cláusula vigésima novena no puede cobijar las normas sobre reversión. En efecto, la citada cláusula establece que el Concesionario acepta sujetarse a todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y ajustarse, en su ejecución, a todas ellas y a sus posibles modificaciones. De esta manera, el concesionario se obliga a cumplir las normas sobre el servicio de telefonía móvil celular, lo que necesariamente supone que se encuentra prestando el servicio. Desde este punto de vista debe observarse que para que opere la reversión se requiere que se haya terminado el contrato, lo que implica que el concesionario no continúe prestando el servicio, siendo improcedente entonces aplicar las normas nuevas que regulen el servicio de telefonía móvil celular y por ello, la cláusula vigésima novena del contrato no tiene lugar en ese momento. En otras palabras, la reversión es una cláusula que no regula el servicio y que sólo se aplica con posterioridad a la terminación del contrato.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la cláusula se refiere a las normas sobre el

servicio de telefonía celular, se advierte que la misma tiene un alcance limitado pues ella no se refiere a todos los aspectos del contrato, y si así fuera, la estipulación habría dicho que éste se sujetaba a las leyes vigentes y a las modificaciones de las mismas.

Desde esta perspectiva debe recordarse que la doctrina del Consejo de Estado, acogida por la Corte Constitucional, ha distinguido, en relación con los contratos de concesión, entre las disposiciones puramente contractuales y las disposiciones reglamentarias que rigen el servicio y que están sujetas a la decisión del Estado, que las puede modificar para asegurar la correcta prestación del servicio, tomando en cuenta las diversas circunstancias que pueden presentarse durante la vigencia de la concesión. Lo anterior en razón del artículo 365 de la Constitución Política que dispone en lo pertinente que *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”*.

Esta distinción es un lugar común en la doctrina comparada; Vedel, por ejemplo, destaca que las cláusulas reglamentarias *“(…) derivan su fuerza, no del asentimiento del concesionario, sino del poder de la Administración para organizar el servicio”*, noción ésta cuya primera consecuencia, en su entender, consiste en su *“mutabilidad... El concesionario está sometido a los reglamentos del servicio y la Administración podrá modificarlas válidamente durante la vigencia del contrato”*³⁹; y la misma ha sido reconocida por el Consejo de Estado y la jurisprudencia constitucional nacional. A este respecto es pertinente recordar que en concepto del 11 de marzo de 1972 (Radicación número: 561)⁴⁰ la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado señaló:

“En la concesión se originan para el concesionario ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su condición de concesionario, derechos que compensan las cargas que asume y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero por el hecho de la concesión el servicio no pierde su calidad de público para convertirse en mero negocio privado, ni la administración queda eximida de sus responsabilidades o limitada en sus poderes legales para asegurar el funcionamiento del servicio en consonancia con el interés general.

“Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama “ley del servicio”, escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado. Es esta circunstancia la que hace pensar a

³⁹ Vedel, Georges, Derecho Administrativo, trad. De la 6ª. Ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 711

⁴⁰ Anales del Consejo de Estado. Año XLVII - Tomo LXXXII. Primer Semestre 1972.

algunos autores que la "concesión de un servicio público" no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae.

"En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables y la parte propiamente contractual.

"Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes". (Se subraya)

Esta misma idea fue reiterada en concepto número 727 del 8 de septiembre de 1996 de la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se expresó:

"La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar." (Se subraya)

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia C-711 de 1996 dijo:

"En términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente." (Se subraya)

Desde esta óptica es claro que la cláusula contractual que invocan las Demandadas se refiere específicamente a la prestación del servicio público y por ello, en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, dicha estipulación prevé la aplicación de las normas que se expidan durante la vigencia del contrato que reglamenten el servicio. No sobra observar que el título de la cláusula guarda coherencia con esta interpretación, pues el mismo se refiere a normas reglamentarias. Por el contrario, la cláusula trigésima tercera no regula la prestación

del servicio por el concesionario, sino la obligación de transferir los bienes a la entidad concedente a la terminación del contrato.

Ahora bien, se cuestiona dicha interpretación por una de las demandadas, para lo cual se señala que si se tiene en cuenta la cláusula quinta del contrato, la interpretación que se menciona privaría de todo efecto útil la cláusula vigésima novena.

A este respecto encuentra el Tribunal que la cláusula quinta de los Contratos de Concesión dispone:

“CLAUSULA QUINTA. SUJECION A NORMAS Y REGLAMENTOS. El CONCESIONARIO se obliga a prestar el servicio de conformidad con todas las normas y reglamentos nacionales e internacionales que lo regulan, a cumplir las disposiciones de la ley que protegen la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y, en general, dar cumplimientos a los reglamentos que expida el Ministerio de Comunicaciones.” (Se subraya)

Por su parte y para mayor claridad de este acápite, se transcribe nuevamente la cláusula vigésima novena que establece:

“CLAUSULA VIGESIMA NOVENA. NORMAS REGLAMENTARIAS. El CONCESIONARIO declara conocer todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y acepta por lo tanto ajustarse en la ejecución del presente contrato a todas ellas y a las posibles modificaciones a que hubiere lugar en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, comprometiéndose en todo caso a obtener la autorización previa del MINISTERIO DE COMUNICACIONES para efectuar cualquier modificación a las características esenciales del servicio de telefonía móvil celular.” (Se subraya).

Si se confrontan las dos cláusulas se encuentra que aun cuando son semejantes, contienen regulaciones distintas, perfectamente compatibles entre sí. En efecto, si bien la cláusula quinta impone al Concesionario prestar el servicio de conformidad con todas las normas y reglamentos nacionales e internacionales que lo regulan y le impone dar cumplimiento a los reglamentos que expida el Ministerio de Comunicaciones, la cláusula vigésima novena hace referencia, no sólo a las normas que regulan el servicio y a los reglamentos que expida el Ministerio, sino que somete al Concesionario a todas las modificaciones que se introduzcan en las disposiciones legales y reglamentarias sobre el servicio de telefonía móvil celular. Es decir, que si se trata de modificaciones de normas legales, la cláusula quinta no contempla la materia, como sí lo hace la cláusula vigésima novena, pero necesariamente en lo referido al servicio mencionado.

Por otra parte, si se revisan las modificaciones que se habrían introducido en virtud de la cláusula vigésima novena de marras, se aprecia que las mismas, o bien no son normas contractuales, o se refieren al servicio mismo y por ello, en uno u otro caso le eran aplicables al concesionario.

A este respecto cabe recordar que las normas que se entienden incorporadas en un contrato, por virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, son aquellas propiamente contractuales, esto es, las que regulan el acuerdo y determinan los derechos y obligaciones entre las partes. Es claro, por ejemplo, que las disposiciones tributarias no corresponden a dicha categoría y por ende se pueden entender incorporadas en un contrato, dado que son manifestación del poder impositivo del Estado, y por ello la parte no podrá reclamar la no aplicación de un cambio en el régimen tributario, teniendo en cuenta que el acuerdo se celebró bajo una ley anterior, cuando el hecho generador del tributo se produce bajo la ley nueva.

Igualmente se refiere Comcel a las resoluciones 5114 de 2013 y 257 de 2015 expedidas por el Ministerio. A este respecto encuentra el Tribunal lo siguiente:

Si se examina la Resolución 5114 de 20 de diciembre de 2013⁴¹, se advierte que la misma confirma la Resolución 1747 de 2013, por medio de la cual el Ministerio sancionó a Comcel por infracciones a las resoluciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones expedidas en el año de 2011, relativas a la calidad del servicio de telefonía móvil celular, las cuales claramente lo regulan.

De la misma manera, si se examina la resolución número 257 de 27 de febrero de 2015⁴², por la cual el Ministerio decide sobre una actuación administrativa, se aprecia que ella se refiere a la violación por parte de Comcel de las normas sobre portabilidad numérica, es decir, actos directamente relacionados con el servicio.

Como se puede apreciar, las situaciones que Comcel invoca para sostener que en virtud de la cláusula vigésima novena se le han aplicado normas nuevas, no se refieren a aspectos contractuales, sino tributarios o de prestación del servicio público y por ello no son pertinentes para efectos del análisis que ha hecho el Tribunal sobre el alcance de dicha cláusula.

Por otra parte, el Tribunal debe señalar que a raíz de la acción pública de inconstitucionalidad iniciada contra el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, la Corte Constitucional consideró, para efectos de su decisión, dos problemas jurídicos que se relacionan en forma directa con la controversia que en el presente Laudo se estudia, y que fueron planteados y abordados de la siguiente manera en el fallo de la Corte:

- a. *“¿el legislador, al establecer que en los contratos de concesión -y demás títulos habilitantes para prestar el servicios de telecomunicaciones- la reversión solo implica la devolución de las frecuencias radioeléctricas, desconoce el artículo 75 de la Carta, que consagra el carácter de bien público del espectro electromagnético, la igualdad en el acceso a su uso, la gestión y control del mismo a cargo del Estado, el cual debe intervenir para evitar las prácticas monopolísticas?”*

⁴¹ Folio 191 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

⁴² Folio 65 del Cuaderno de Pruebas No. 16.

La Corte resolvió la cuestión concluyendo que, en principio, lo dispuesto en las normas censuradas se ajusta a la Constitución, porque la libertad de configuración del legislador en materia contractual es bastante amplia, y porque hay razones de peso que justifican el cambio legislativo introducido mediante las normas demandadas. La decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones y limitarla únicamente a la devolución de las frecuencias radioeléctricas persigue, según la Corte, finalidades legítimas, como lo sería incentivar la participación de particulares en procesos licitatorios, quienes, a sabiendas de que conservarán los bienes destinados a la prestación del servicio, estarían dispuestos no sólo a participar en la licitación, sino a hacer inversiones más importantes que las exigidas por el Estado.

- b. *“¿las normas demandadas vulneran el citado precepto constitucional – artículo 75-, en tanto pueden ser interpretadas como una modificación de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión para prestar el servicio de telecomunicaciones, suscritos antes de su entrada en vigencia, en el sentido de establecer que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente dispuestos para la prestación del servicio, afectando con ello la igualdad en el acceso al uso del espectro y el patrimonio público?”*

Como se advierte con su simple lectura, y según ya se señaló, esta cuestión es de especial trascendencia en este litigio, como lo ponen en evidencia las argumentaciones al respecto de las partes, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público. En el contexto de este aparte del laudo hay que reiterar que la Corte Constitucional precisó que interpretar las normas demandadas en el sentido de que ellas modifican las cláusulas incorporadas en los contratos estatales de concesión, sí desconoce mandatos constitucionales. Así, de acuerdo con el principio de la buena fe, la seguridad jurídica y el derecho de la competencia, en los contratos celebrados con posterioridad a las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, la reversión implica únicamente el cese del uso de las frecuencias radioeléctricas.

Sin embargo, la entrada en vigencia de esas normas no puede significar el desconocimiento de las condiciones iniciales de los contratos, excluyendo la reversión de los bienes afectos al servicio. Lo anterior, en criterio de esa Corporación, atentaría contra lo establecido en el artículo 75 de la Constitución pues generaría una situación de desigualdad en el acceso al uso del espectro, al permitir que quienes estaban obligados a revertir los bienes quedando en igualdad de condiciones con otros aspirantes a acceder al espectro electromagnético, gocen entonces de una ventaja establecida en un “contenido inconstitucional”. Además, ese incremento patrimonial, que tendría como consecuencia una mayor solidez económica de la que el concesionario esperaba, ocurriría a expensas de los derechos del Estado. En efecto: *“Para la Corte, el aumento del capital de quienes son titulares de concesiones en materia de telecomunicaciones, acorde con contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de los textos legales debatidos, convenios en los cuales tenía lugar la reversión de bienes afectos al servicio, bien por mandato de la ley, bien por acuerdo entre las partes, o bien por ambas situaciones, sumado a las violaciones de la Constitución, descritas en el párrafo*

precedente, se constituyen en factores tendientes a prohiar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro, lo cual también vulnera lo establecido en el varias veces citado artículo 75 de la Carta”.

Adicionalmente, entender que las normas demandadas afectan la estipulación preexistente de la reversión, extinguiendo la obligación de entregar los bienes afectos al servicio a la terminación del contrato, equivale, según la Corte, a autorizar el desconocimiento de un derecho legal –art. 14 de la Ley 80 de 1993- y del derecho contractual, atentando además con un precepto de relevancia constitucional como lo es la defensa del patrimonio estatal y, posiblemente, la afectación en la continuidad del servicio público.

Resalta la Corte que los concesionarios que contrataron con el Estado con anterioridad a la entrada en vigencia de las normas estudiadas, incluyendo la cláusula de reversión en los acuerdos, tuvieron la oportunidad de incorporar en sus cálculos el valor de los bienes objeto de reversión; establecer las amortizaciones necesarias y determinar las tarifas suficientes para obtener sus utilidades. Añade que interpretar que las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 tienen como efecto la modificación o exclusión de dichas cláusulas, implicaría un beneficio desmedido a favor de esos concesionarios, en detrimento del Estado.

Afirma que los bienes afectos al servicio, adquiridos, construidos e instalados de acuerdo con las necesidades del mismo y a lo largo de la ejecución del contrato, hacen parte del patrimonio público cuya defensa deriva de la necesidad constitucional de proteger el interés general.

En la sentencia se sostiene que el hecho de que la infraestructura instalada por el concesionario esté siendo utilizada para prestar servicios adicionales al concesionario inicialmente, no es óbice para exigir el cumplimiento de la cláusula de reversión. En ese caso, afirma la Corte, los concesionarios podrán otorgar las correspondientes compensaciones y continuar con el servicio. Lo anterior, en virtud de la defensa y conservación del patrimonio público.

La Corporación también trae a colación el principio consagrado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 respecto de la incorporación al contrato de las leyes vigentes al momento de la celebración del mismo, así como el principio *pacta sunt servanda*, como argumentos que impiden interpretar que las normas demandadas modifican los contratos celebrados con anterioridad a su expedición y entrada en vigencia. Y con base en esas consideraciones, la Corte Constitucional concluyó que *“el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y el inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 son constitucionales, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas”.*

El Tribunal, al ejercer las funciones judiciales para cuyo ejercicio ha sido habilitado por las partes, se encuentra, de conformidad con lo dispuesto al artículo 230 de la Constitución Política, sujeto al imperio de las leyes que le corresponde aplicar al litigio sujeto a su competencia, y con sujeción a la decisión de constitucionalidad arriba transcrita, que tiene la fuerza de cosa juzgada constitucional y los efectos

erga omnes propios de las sentencias de exequibilidad.

En el litigio las partes discutieron a espacio, a propósito de las dos disposiciones atacadas ante la Corte, si las reglas sobre reversión en ellas previstas aplican a las concesiones, como la que aquí ocupa al Tribunal, a las licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones, que se encuentren en curso al momento de su respectiva entrada en vigencia, y no sólo a las que se celebren u otorguen con posterioridad al momento de su entrada en vigencia. Pero esa controversia no viene al caso, habida cuenta de que, a propósito de la exequibilidad de ambas, la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013 fue explícita al considerar que:

“(…) El Tribunal advierte que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que solo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio.”

“(…) La Corte precisa que quienes celebraron contratos de concesión antes de la entrada en vigor de la ley acusada no pueden alegar ahora que obligarlos a entregar los bienes supondría un detrimento injusto de sus intereses, porque en su momento, cuando los suscribieron, tuvieron oportunidad de incluir en sus estudios financieros la amortización de los bienes usados en la concesión, como ya lo señaló en la sentencia C-300/12. Para el Tribunal Constitucional, la liquidación de los pactos aludidos, comportaría para los concesionarios, bien la obligación de devolver las frecuencias, los bienes e infraestructura afectos a la prestación del servicio, conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 1900 de 1990 y demás normas que regían o estaban vigentes al momento de su celebración y, las que sirvieron como base para estimar la ecuación financiera de tales contratos, o bien, en su defecto, su equivalente económico.”

Con base en tales razonamientos, la Corte, se reitera, decidió la exequibilidad de las normas demandadas *“en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordados”*. **Siendo** ese el sentido en el cual la Corte definió la exequibilidad de dichas disposiciones, a él se atiene este Tribunal en el presente laudo.

2.3.3.2 La situación posterior a la Ley 1341 de 2009

La Ley 1341 de 2009 estableció:

“Artículo 68. De las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos

a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.

“ ...

“En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial.” (Se subraya)

Como se puede observar, el último inciso de esta disposición legal contiene una regla que, aunque parecida en la Ley 422 de 1998, es más detallada pues se refiere a “*las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley*”. En todo caso la redacción de la regla es ambigua, pues no precisa qué es lo que se toma en cuenta al momento de la entrada en vigencia de la ley, si la concesión estaba vigente al momento de entrada en vigencia de la ley, o si se trata de concesiones nuevas que se otorgan a partir de dicho momento.

Las demandadas parten del supuesto de que el texto de la ley se refiere a concesiones que se encontraban vigentes cuando entró a regir la ley, en tanto que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cuestiona dicha interpretación.

A fin de clarificar la discusión planteada, se hace menester acudir al texto del primer inciso del artículo 68, el cual establece que “Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.” (Se subraya)

Como se puede apreciar, esta redacción implica que mientras los concesionarios mantuvieran sus contratos de concesión y no se acogieran al nuevo régimen previsto por la Ley 1341 de 2009, se sujetarían a la normatividad vigente cuando se celebró el contrato. Por consiguiente, la regla del mismo artículo que regula la reversión, no sería aplicable a los contratos de concesión materia de este proceso.

Si a la luz de lo expuesto queda alguna duda acerca del alcance de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 respecto de los contratos de concesión que se encontraban en ejecución, la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 2013, como ya se explicó, en la cual después de hacer el análisis que se ha transcrito parcialmente en otro aparte de este laudo, dio solución a este punto al resolver:

“Primero: Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.”

De esta manera, encuentra el Tribunal que existe un fallo de constitucionalidad que determina que no es posible aplicar el artículo 4° de la Ley 422 de 1998 ni el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 para modificar los efectos de la estipulación que se ha analizado.

Siendo así las cosas, ha de concluirse que la cláusula de reversión pactada en los contratos a que se ha hecho referencia, es plenamente eficaz y deben serle reconocidos sus efectos.

2.3.4 El alcance de la cláusula de reversión

Como ya se dijo, la cláusula trigésima tercera de los contratos de concesión dispone⁴³:

“CLAUSULA TRIGÉSIMA TERCERA.- REVERSIÓN. Al finalizar el término de concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan ser propiedad de la Nación-MINISTERIO DE COMUNICACIONES, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna.”

Si se parte de la base de que la cláusula ha conservado su vigencia, de lo que se trata es de establecer su “alcance material”, como lo denomina una de las convocadas, interpretación que debe hacerse con base en los criterios que para ello consagra la ley.

En este punto es necesario acudir a las reglas que rigen la interpretación de los contratos estatales. A este respecto debe recordarse que la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente en su artículo 28:

“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.” (Se subraya)

De esta manera, al interpretar un contrato estatal, es menester tener en cuenta los fines y principios de que trata la ley. Así las cosas, deberán considerarse a este propósito, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la

⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 365, 423 y 474 y Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 205, 259 y 323.

consecución de dichos fines, al unísono con lo contemplado por el artículo 25-3, ídem. Adicionalmente, es necesario incorporar los mandatos de la buena fe, el principio de igualdad, así como el equilibrio que debe existir entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.

En este sentido el Consejo de Estado ha precisado que la mencionada regla de interpretación prevista en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 no significa que en los contratos estatales no deban aplicarse las reglas de interpretación que fija el Código Civil. A tal efecto, en sentencia del 9 de mayo de 2012 (Radicación No.: 8800123310002000005701 Expediente No. 22.714), dijo el Consejo de Estado:

“Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos también resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal, puesto que los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de Ley 80 para correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza estatal, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera completa y específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no resultaría plausible sostener que, por razón de lo dispuesto en el artículo 13 de la citada Ley 80, hubiere quedado totalmente excluida la posibilidad de acudir a esas disposiciones legales -comerciales y/o civiles- en cuanto la materia propia de la interpretación de los contratos estatales estaría regulada ya a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (artículo 28).

“Ciertamente, así reza el mencionado artículo 28 de la Ley 80:

“... ”

“Tal como lo evidencia el texto de la disposición legal transcrita, resulta evidente que en ella se determinan y se precisan, de manera puntual, los Principios que imperativamente se deberán tener "en consideración" al abordar tanto la interpretación de "las cláusulas y estipulaciones de los contratos", la interpretación de las "normas sobre contratos estatales", como la interpretación de las "normas... relativas a... procedimientos de selección" y la interpretación de las "normas ... relativas ... escogencia de contratistas".

“Lo anterior pone de relieve que el referido artículo 28 de la Ley 80 antes que ocuparse de regular en detalle la materia relacionada con la interpretación misma de los contratos estatales o de establecer reglas específicas para que se pueda alcanzar el correcto y adecuado entendimiento de cada contrato estatal o de las estipulaciones que lo integran -materias acerca de las cuales existen regulaciones legales detalladas como las que contienen los artículos 1618 a 1624 del Código Civil-, dicho artículo 28 se limitó a establecer y señalar los Principios que deberán considerarse de manera especial cuando se pretenda efectuar - como ya se indicó- tanto la interpretación concreta y específica de un

determinado contrato estatal como la interpretación de las normas legales que deban aplicarse, observarse o seguirse para lograr el entendimiento del sentido y alcance de las correspondientes estipulaciones contractuales.

“Así pues, la Sala no advierte colisión alguna entre la regulación que contiene el artículo 28 de la Ley 80 y aquellas disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio que se ocupan de determinar la forma en que cada operador judicial debe proceder para realizar la interpretación de un determinado contrato, sino que, muy por el contrario, lo que encuentra es que el contenido del tantas veces citado artículo 28 se erige en un complemento o, mejor aún, en un presupuesto indispensable que ha de guiar y permitirá adaptar al terreno de los contratos estatales el entendimiento de aquellas normas legales que, en los estatutos mercantil y civil, regulan con detalle la materia propia de la interpretación de los contratos.

“Así pues, lo que se tiene, a partir de los mandatos contenidos en el tantas veces citado artículo 28 de la Ley 80, es que las reglas legales especiales que desde los Códigos de Comercio y Civil regulen la materia de interpretación de los contratos, son normas que en el campo de la contratación estatal deben leerse, entenderse, interpretarse y, desde luego, aplicarse con sujeción a los Principios y directrices que señala el artículo 28, por manera que ese contexto integrado por i) los fines y los principios de que trata la ley 80; ii) los mandatos de la buena fe, y iii) la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, permitirá matizar o incluso llenar de contenido disposiciones tales como las de los eludidos artículos 1618 a 1624 del Código Civil, a cuyo tenor:....”

De lo anterior se concluye entonces que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil son aplicables a los contratos estatales, pero siempre teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, esto es, los fines y los principios de que trata la Ley 80; los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En este contexto se deben resaltar las siguientes características de los Contratos de Concesión de los cuales forma parte dicha cláusula, que necesariamente orientan al intérprete por corresponder a su naturaleza y función:

- i. que se trata de una concesión de un servicio público, cuya prestación tiene por objeto de obligaciones de hacer para cuyo cumplimiento se requiere de elementos y bienes, así como del espectro radioeléctrico asignado, calificado como “elemento principal” en el propio contrato;
- ii. que en disposiciones legales a las cuales se hizo referencia expresa en el propio contrato, está definido en qué consiste la red de telecomunicaciones del Estado, y en particular la red del servicio público de telefonía móvil celular;

- iii. que el contrato, que no es de servicios públicos domiciliarios, por lo cual no le es aplicable la Ley 142 de 1994, es de ejecución sucesiva, y que tenía un plazo, que fue prorrogado, para dicha ejecución;
- iv. que por tratarse de un contrato de concesión de un servicio público, la necesidad de asegurar la continuidad de dicho servicio, es un elemento relevante para efectos de la interpretación de todas sus cláusulas, y para la ejecución y terminación del contrato, y
- v. que por tratarse de un contrato de concesión, la prestación del servicio objeto del mismo fue asumida por el concesionario por su cuenta y riesgo.

Al aplicar los criterios de interpretación de los contratos que prescribe el Código Civil, se debe indicar que sobre el particular existe decantada jurisprudencia y doctrina que no es necesario repetir aquí, pues las normas legales en cuestión, de por sí dotadas de la claridad que les imprimió don Andrés Bello, son de frecuente y común aplicación, y con un sentido que puede considerarse pacífico. En este caso, estima el Tribunal, se trata del cumplimiento de una obligación real y lícita pactada en un contrato con claridad y que corresponde a una intención contractual que también es clara; ello no es óbice para que la determinación de los hechos relevantes para la aplicación de la cláusula denominada de “reversión” por los contratantes, revista la complejidad técnica, financiera y contable que se puso de relieve a lo largo del presente proceso.

Pero no puede confundirse dicha complejidad fáctica, para cuyo esclarecimiento se decretaron y practicaron las pruebas pertinentes, con una inexistente oscuridad en la intención y en el clausulado contractual, que ha llegado a ser considerado en el proceso por los convocados de imposible aplicación, amén de que han afirmado que la reversión o sólo se aplica al espectro asignado o que perdió vigencia como consecuencia de cambios normativos cuyo alcance, para efectos de su constitucionalidad, es un hecho importante para este laudo, y ya ha sido examinado.

En relación con la cláusula trigésima tercera tantas veces mencionada, vale la pena comentar que ninguna de las palabras ni de las construcciones gramaticales usadas en ella reviste complejidad. Es muy claro que, en términos literales, la cláusula se aplica respecto de elementos y bienes susceptibles de pasar a ser propiedad de la Nación; y, como ya se dijo, esa posibilidad supone que se trate de bienes que NO sean de propiedad estatal, lo cual, de entrada, los distingue de la porción de espectro radioeléctrico asignada para la prestación del servicio.

La argumentación de Comcel acerca de cómo lo único incluido en la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión, en gracia de discusión, sería el espectro asignado, por haber sido calificado en el propio acuerdo como “elemento principal”, no encuentra ningún asidero en su texto, pues no es este un bien susceptible de pasar a ser propiedad de la Nación ya que nunca ha salido ni podía salir de su dominio. Ahora bien, existe también claridad sobre el momento en que debe hacerse la reversión pactada por las partes, que no es otro que al tiempo de finalizar el término de la concesión.

Esos dos elementos, la referencia a la terminación del contrato como momento de la reversión de los bienes, y el hecho de que se diga que deben revertirse los directamente afectados a la concesión, permiten afirmar que la intención común que se manifiesta con esas claras expresiones, es igualmente carente de ambigüedad, en el contexto de un contrato de concesión de servicio público, cuyo objeto fue estipulado en la cláusula primera.

La claridad gramatical de la ausencia de “compensación”, que no sólo remite legalmente al modo de extinción de obligaciones así denominado y definido en la ley, sino en general a la acción o efecto de compensar, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (“Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”), tampoco ofrece dificultad. La razón de ser de la exclusión de toda compensación encuentra asidero en la naturaleza del contrato, de manera que tampoco cabe de ella esperar alguna oscuridad atribuible a la intención contractual.

El artículo 1618 del Código Civil, con buen sentido, y de acuerdo con lo previsto por don Andrés Bello en el proyecto de Código de 1853 en el artículo 1743 sobre este particular⁴⁴, señala que lo determinante y orientador de un contrato es la intención concurrente de los contratantes, significado al cual se subordinan las palabras usadas por ellos, que son simples significantes. De tal manera que “conocida claramente” ésta, es ella la que define y orienta al intérprete, incluso frente a palabras gramaticalmente claras y, con mayor razón, cuando la gramática usada por los contratantes no ha sido la más afortunada en consideración a los efectos y alcances lícitos perseguidos a través de su acuerdo.

En el mismo sentido, el antecedente básico en la materia en las codificaciones de derecho continental, el Código Civil de los franceses de 1804, en su artículo 1156 se refiere a la búsqueda de la “común intención de las partes contratantes” con prevalencia sobre el sentido literal de los términos, y se añadía desde aquél entonces en su artículo 1158, que los términos susceptibles de dos sentidos deben ser tomados en el que más le convenga a la materia del contrato⁴⁵; y con la misma lógica, en el artículo 1369 del Código Civil italiano de 1942, titulado “*expresiones con varios sentidos*”, se establece que las expresiones que puedan tener varios sentidos, en caso de duda deben ser entendidas “*en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato*”⁴⁶.

No incluye el Código colombiano una disposición como las que acaban de transcribirse; pero en su artículo 1621 sí se establece que “*En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*”, de manera que, cuando las palabras no son unívocas (como se prevé en las normas francesa e italiana) o si no aparece voluntad contraria, la intención contractual que se invoque para definir la interpretación, debe

⁴⁴ Bello, Andrés, Proyecto de Código Civil, Segundo Tomo, en Obras Completas, Tomo Cuarto, Ed. Nascimento, Universidad de Chile, 1932, p. 412. El artículo tiene la misma redacción y numeración en el Proyecto Inédito que se reproduce en la página 143 el tomo siguiente de la misma edición de las Obras Completas.

⁴⁵ Code Civil des Français, Ed. original et seule officielle, Paris, de L'imprimerie de la République, an XII, 1804, p. 280. Ed. Facsimilar de la edición original, Dalloz, Paris, 1982.

⁴⁶ Codice Civile, a cargo de r. Nicolò y A. Di Majo, 1era. Reimpresión, 1979, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán.

corresponder a la naturaleza del contrato respectivo, y esa correspondencia debe darse con mayor razón cuando se invoque la intención contractual para sostener que palabras claras y unívocas de un contrato, deben interpretarse en forma distinta.

No es cualquier razonamiento, desligado de la naturaleza del contrato y de su conjunto completo, el que puede dar pie para afirmar la existencia de una voluntad, además de ambas partes, diferentes de lo que aparece en el contrato; y por eso el Código Civil, en forma cauta, comienza por exigir que esa voluntad sea “conocida claramente”, conocimiento que supone la obvia carga probatoria en cabeza de quien la alega. Esa exigencia protege el contrato de reinterpretaciones ex post que sumerjan a las partes y a los jueces en discusiones potencialmente ilimitadas; y aunque no formó parte del citado Proyecto de 1853, se debe añadir en este contexto que Bello, en el denominado “Proyecto Inédito”, el último que preparó para efectos del Código Chileno, en el artículo 1743 incluyó una nota a pie de página de acuerdo con la cual, *“En los contratos, es de regla atenerse a la letra en lo que no pugna manifiestamente con la conocida intención de las partes”*⁴⁷.

En el mismo sentido, se inclina la doctrina tradicional sobre el Código Civil. En efecto, señala Don Luis Claro: *“(...) la intención de los contratantes es expresada por las palabras que ellos se sirven; y cuando las palabras son claras, la intención por esto mismo es cierta; si en este caso se dejaran a un lado las palabras para investigar otra intención de los contratantes, se pondría en lugar de una intención claramente manifestada por los contratantes mismos, la intención establecida por el intérprete por vías más o menos conjeturales y prefiriéndose a una interpretación cierta una interpretación incierta”*⁴⁸.

Ahora bien, es importante a este respecto insistir que lo anterior no significa que el intérprete siempre deba atenerse a un texto que gramaticalmente parece claro, pues siempre es posible demostrar la voluntad distinta de las partes, o el hecho de que lo que parece gramaticalmente claro no lo sea, a la luz del conjunto de estipulaciones del contrato o del medio en el cual el mismo se ejecuta. En efecto, como lo ha señalado la doctrina⁴⁹, la ambigüedad de un contrato puede resultar de su propio texto (denominada ambigüedad intrínseca) o de las circunstancias que lo rodean (ambigüedad extrínseca).

En este punto en relación con la interpretación del contrato estatal, el Consejo de Estado ha precisado que en esta materia debe en primer lugar tomarse en cuenta el sentido gramatical de la declaración, pues puede suponerse que la voluntad del autor se expresa en ella, salvo que se acredite claramente que su intención era diferente, y sin que ello implique afirmar que una interpretación literal agota el proceso hermenéutico:

⁴⁷ Bello, Andrés, Proyecto de Código Civil, Tercer Tomo, en Obras Completas, Tomo Quinto, Ed. Nascimento, Universidad de Chile, 1932, p. 414.

⁴⁸ Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, Tomo 12, ed. 1979, página 17

⁴⁹ Jacques Ghestin, Christophe Jamin y Marc Billiau. Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat. 2a Ed. LGDJ, París 1994, páginas 28 y 29.

“8.3 [...] la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc. – es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

“8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”⁵⁰– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo.

“Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

“8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

“ ...

“9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico⁵¹, denominada interpretación sistemática o

⁵⁰D.32, 25,1 PAULO”.

⁵¹ “En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: “Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido

coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iuducare vel respondere”⁵²–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos.⁵³

“9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto...”⁵⁴

En el sistema de interpretación contractual previsto en el Código Civil, sólo agotados los criterios que buscan dar prevalencia a la intención común “conocida claramente”, claridad que remite al conjunto del contrato sistemáticamente abordado y a su naturaleza, a la conducta interpretativa de ambas partes o de una que haya sido aprobada por la otra, y que se señalan en los artículos 1618 a 1623 de dicho Código, es que puede recurrirse, y no antes, a lo previsto en el artículo 1624, según el cual “no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación”, las cláusulas que continúen ofreciendo ambigüedad se interpretan a favor del deudor.

Anticipa el Tribunal que en las referencias de las Convocadas al mentado artículo 1624 del Código Civil, para sostener interpretaciones a su favor, en calidad de deudoras de la obligación prevista en la cláusula de reversión, se echa de menos el agotamiento de las demás “reglas precedentes de interpretación” a que remite el propio artículo.

Si bien en los artículos 1618 y siguiente del Código Civil el legislador no incluyó, expresamente, entre los criterios de interpretación el relativo a los antecedentes del contrato, es claro que en la medida en que lo que prevalece en la interpretación de los contratantes es su real voluntad, dichos antecedentes deben tomarse en cuenta en cuanto permitan establecerla con claridad.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que⁵⁵ “(...) los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce

que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: “Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...” “Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.” “Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”

⁵²D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

⁵³ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado No 250002326000199703808 01. Ponente, Dr. Danilo Rojas Betancourth”.

⁵⁵ Sentencia del 28 de junio de 1989.

en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato”.

La importancia de los antecedentes de un contrato en materia interpretativa es aún más relevante en el caso de contratos estatales, como el que es objeto de este litigio; ello en atención al proceso que precede su perfeccionamiento que responde a principios como el de la planeación, la selección objetiva y la transparencia.

Desde esta perspectiva la discusión que tuvo lugar en la etapa precontractual que trae a colación Telefónica para “corroborar” que la intención “real” de las partes en materia de reversión es bien distinta de lo que se estipuló, no permite arribar a esa conclusión.

La cláusula trigésima tercera pactada, en efecto, corresponde a una redacción que el Ministerio propuso modificar, en el sentido que consta en el expediente (Cuaderno de Pruebas No. 18, folios 30 y ss.), que no fue aceptada por Celumóvil. Esa modificación, observa Telefónica *“Sí preveía que la reversión habría de versar sobre todos los bienes y elementos de la red de telecomunicaciones”* (Alegato, p. 13), y por ello concluye que *“finalmente se quedó en la fórmula inicial contenida en la minuta del MINISTERIO que no los incluía. Más claro...”* (Alegato, idem.) Sin embargo, si se revisa el expediente se aprecia con claridad que la cláusula de reversión no se modificó ni en su sentido ni en su alcance.

A este respecto se aprecia que obra en el expediente una comunicación del 31 de diciembre de 1993 por la cual el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones da respuesta a una comunicación del 10 de diciembre de Celumóvil. En dicha comunicación se da respuesta a una de Celumóvil en la cual esta solicitó eliminar la cláusula de reversión y en aquella el Ministerio le manifestó atenerse a lo que se había indicado en la audiencia de aclaraciones de los pliegos. En el citado oficio del Ministerio se indica en lo pertinente⁵⁶:

“7. CLAUSULA VIGESIMA SEGUNDA. REVERSION

“a. El objeto de la licitación de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones es el de ‘otorgar mediante contratos de concesión, la prestación, al público del servicio de telefonía móvil celular en la red B a las sociedades privadas, tal como lo establece la ley 37 de 1993 y el Decreto Reglamentario 741 de 1993’. En tal virtud si bien se produce la asignación de unas frecuencias, estas por definición constitucional son inenajenables e imprescriptibles, y no son, como queda dicho, objeto principal de la concesión.

“El artículo 19 de la ley 80 de 1993 consagra la figura de la reversión para el caso de concesión de ‘bienes estatales (sic) directamente afectos a la explotación o concesión’, supuesto este que no se da en la presente licitación, pues los únicos bienes estatales son las frecuencias, que se asignan.

⁵⁶ Folios 31 y 32, Cuaderno de Pruebas No. 15.

“En asunto tan decisivo, como es del cambio en la titularidad de un bien que forma parte del patrimonio, cualquier interpretación extensiva es improcedente además de ilegal.

“Si no se trata de la concesión o explotación de un ‘bien público’, sino de la concesión de un servicio, como en el caso que nos ocupa, no hay lugar a reversión.

“PETICION

“Suprimir esta cláusula por no tener a la (sic) aplicación de la figura de la reversión en el caso de concesión de servicios públicos

“Respuesta: Sobre este aspecto el Ministerio de Comunicaciones precisó su criterio en respuesta dada en la audiencia de aclaraciones a los pliegos”

Ahora bien, en el expediente obra el Acta de las Aclaraciones del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 046 de 1993” en las cuales el Ministerio precisó las razones por las cuales se incluía la cláusula de reversión. En dicha Acta se dijo lo siguiente⁵⁷:

“Reversión. Desde el Decreto Ley 1900 de 1990 existía la figura de la reversión de forma implícita por cuanto en sus artículos 14, 15, 23 se prescribe que las redes de telefonía móvil celular hacen parte de las redes de telecomunicaciones del Estado. Así mismo el Decreto 741 de 1993 reglamentario de la ley 37 de 1993 en su artículo 5° prescribe también lo anteriormente anotado.

“Adicionalmente, en la Ley 80 de 1993 en su artículo 19 se consagra en forma expresa dicha figura entre otros, para los contratos de concesión de bienes del estado, en forma obligatoria.

“La definición de telefonía móvil celular como lo preceptúa el artículo 1° de la ley 37 de 1993, la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal y de conformidad con los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política el espectro electromagnético es un bien público, inajenable e imprescriptible que pertenece a la Nación. El artículo 19 de la ley 80 de 1993 impone la reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales y el contrato que nos ocupa da en concesión un bien estatal, por lo cual debe pactarse la cláusula de reversión indefectiblemente.” (Se subraya)

Como se puede apreciar, en la Audiencia de Aclaraciones el Ministerio expresó que consideraba que la reversión se encontraba implícita en el Decreto Ley 1900 de 1990, en la medida en que el mismo establecía que las redes de telefonía móvil celular hacen parte de las redes de telecomunicaciones del Estado y porque en la

⁵⁷ Folios 33 y 34 y 147 y 148 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

concesión de telefonía móvil celular el elemento principal era el espectro electromagnético que constituye un bien público, por lo que se da en concesión un bien estatal, por lo cual debe pactarse la cláusula de reversión indefectiblemente.

A ello se agrega que el Ministerio negó la supresión de la cláusula de reversión del contrato, invocando precisamente lo manifestado en la audiencia de aclaraciones.

Lo anterior permite afirmar que para los concesionarios debería ser claro que la reversión que se incluía en el contrato, no se limitaba al espectro y que el Ministerio consideraba que ella comprendía las redes.

Por otra parte, el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones por comunicación del 22 de marzo de 1994⁵⁸ remitió a Celumovil la minuta del contrato de concesión que sería suscrito y en la cual se incluía el siguiente texto para la cláusula de reversión:

“CLAUSULA TRIGESIMA TERCERA. REVERSION. Terminado el contrato de concesión por cualquier causa, el CONCESIONARIO está obligado a dejar y a entregar en perfecto estado de funcionamiento los equipos, las instalaciones y demás obras que integran la red de TMC utilizada para la puesta en servicio y a entregarlos a la Nación MINISTERIO DE COMUNICACIONES - como parte que son de la red de telecomunicaciones del Estado, sin que haya lugar a compensación alguna (art. 15 inc. 1o del Decreto 1900 de 1990 y art. 19 de la Ley 80 de 1993). Hacen parte de esta red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos y la parte del espectro electromagnético asignada por el MINISTERIO de Comunicaciones para la prestación del servicio (art. 14 del decreto 1900 de 1990). El MINISTERIO DE COMUNICACIONES podrá tomar y ordenar al CONCESIONARIO en cualquier tiempo las medidas conservatorias para garantizar la efectividad de la reversión gratuita de estos bienes en buenas condiciones de funcionamiento. Parágrafo: en los contratos que durante el término celebre el concesionario con terceras personas, relacionados con la instalación de la red de TMC, su explotación y prestación del servicio, deberá advertir la existencia, contenido y alcance de la cláusula de reversión al terminar el contrato y, a fin de garantizar la continuidad del servicio público, estipular que el MINISTERIO DE COMUNICACIONES o quien lo represente quede sustituido en los derechos del CONCESIONARIO.”⁵⁹

Por comunicación del 27 de marzo de 1994⁶⁰, dirigida al Secretario General del Ministerio de Comunicaciones, Celumóvil formuló algunas observaciones a la minuta y en particular en relación con las reglas que se habían incluido en relación con la reversión y solicitó regresar al texto original, para lo cual expresó:

“Estudiada la nueva minuta del contrato para la concesión del servicio de TMC que nos fue entregada por el Ministerio de Comunicaciones el día de ayer,

⁵⁸ Folio 18 del Cuaderno de Pruebas No. 18.

⁵⁹ Folios 30 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 18.

⁶⁰ Folios 57 y 58 del Cuaderno de Pruebas No. 18.

queremos manifestarle nuestra satisfacción por el ánimo amplio y constructivo con que el Ministerio consideró nuestras observaciones anteriores, que ratifican el carácter transparente que ha tenido este proceso.

“Sin embargo, encontramos aún en dicha minuta unos aspectos importantes sobre los que queremos llamar su atención, con el objeto de lograr un pleno acuerdo sobre el texto del contrato a suscribirse el día de mañana. Creemos que tales aspectos son esenciales para mantener el equilibrio económico y por ende, para garantizar la eficiente prestación del servicio, por lo que de la manera más respetuosa nos permitimos insistir en ellos.

“Dichos aspectos son los siguientes:

“Reversión: En la nueva minuta, según habíamos solicitado se eliminaron las propuestas adicionales sobre la reversión y aunque no se remitió este asunto a la ley, que sería la mejor solución a nuestro modo de ver, se mantuvo la cláusula de la minuta anexa a los pliegos de condiciones. Sin embargo, se mantuvieron también dos nuevos (2) apartes en la minuta que creemos se han debido eliminar y a los cuales no podemos consentir, por lo que solicitamos suprimirlos, regresando a la minuta original.” (Se subraya)

Es pertinente destacar que, como consecuencia de lo anterior, se incluyó en los contratos de concesión que se firmaron, exactamente el mismo texto que se incluía en los pliegos de condiciones para la cláusula de reversión.

De esta manera, no parece claro en qué se basa la Convocada para sostener que el hecho del rechazo de la modificación propuesta por el Ministerio, elimine de la reversión los bienes distintos de la porción asignada del espectro. En otras palabras, la cláusula, sin la modificación, sí preveía la reversión, por consiguiente, al negarse la modificación ella se mantuvo incólume.

En efecto, el rechazo en cuestión se refirió a una modificación que consistía en mencionar en forma expresa cuestiones objeto de los artículos 14 y 15 inciso 1 del Decreto 1900 de 1990 y 19 de la Ley 80 1993, señalando la obligación de entrega, en perfecto estado de funcionamiento, de los equipos, instalaciones y demás obras que integran la red de TMC, y en advertir a terceros de la existencia de la cláusula de reversión. Pero el rechazo no equivale a limitar la reversión al espectro, ni genera dudas sobre la claridad de la cláusula o sobre la intención de la misma, como ya se señaló.

No por la falta de inclusión de las especificaciones y detalles planteados por el Ministerio, la cláusula quedó convertida en una cláusula oscura, ni los bienes quedaron sin posibilidad de determinación, pues ésta continuó con la claridad que poseía antes de la propuesta. Cuando Celumóvil rechazó los cambios, no mencionó siquiera el espectro, y simplemente se dijo que ante la inclusión de dos apartes que no podían aceptar, sin indicar las razones de ello, solicitaron suprimirlos “regresando a la minuta original”⁶¹, esto es, al texto de la actual cláusula trigésima tercera. Si de

⁶¹ Cuaderno de pruebas No. 18, folios 57 y 58.

claridad se trata, y de cargas al respecto, se echa de menos la explicación acerca de las razones del rechazo.

Salta a la vista entonces, ante el texto pactado, que se refiere a los bienes y elementos directamente afectados a la concesión. Y hay que preguntarse cuál podría ser la eficacia de la cláusula, una vez que se eliminaran tales bienes de la obligación de reversión, pues de acuerdo con el artículo 1620 del Código Civil, se debe preferir el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto “a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Los Convocados han reparado en que la testigo Martha Cediél de Peña, reconocida experta en esta materia, y de quien en forma leal y debida Telefónica manifestó su calidad actual de miembro de su Junta Directiva, señaló la circunstancia de que el espectro asignado debía devolverse “desocupado y limpio”, e indicando que “*nadie había concebido nada diferente a que eso era lo que había que revertir*”⁶², y en el mismo sentido de su segundo aserto se aducen varias declaraciones.

Esa necesidad de que el espectro sea devuelto en condiciones de ser usado por terceros, que confirma, por cierto, la importancia de preservar la continuidad de la prestación del servicio público al tiempo de la reversión, es simplemente una consecuencia de que su restitución o devolución se debe observar ese obvio principio previsto en la ley, al regular el arriendo de cosas, a propósito del estado en que deben encontrarse las cosas arrendadas al momento de su restitución, que es aquél en el que le fueron entregadas al arrendatario para su goce y que, en ausencia de constancia en sentido diverso acerca de su estado, remite al “regular estado de servicio” (C.C., art. 2005), principio aplicable a la situación que aquí se examina, y que la doctrina ha basado con concisión en que “(...) *se presume que nadie recibe cosas inútiles*”⁶³. Pero no es éste un argumento, que por cierto se refiere a la forma de entender cómo se devuelve el espectro, elemento principal según la cláusula primera del contrato, que parezca suficiente para borrar del contrato la cláusula trigésima tercera, que ni siquiera menciona el espectro en forma expresa, y que sí prevé la reversión de los elementos y bienes directamente afectos a la concesión.

No comparte el Tribunal el entendimiento sobre la falta de claridad de la denominada cláusula de reversión tantas veces traída a colación, por cuanto si bien, los elementos y bienes directamente afectados a la concesión no están descritos, bien podrían estarlo ya sea en el pliego, en el contrato o por un acuerdo posterior entre las partes. En otras palabras, la regla de interpretación del artículo 1624 del Código Civil, es aplicable sólo cuando el contenido de la estipulación es oscuro y no resulta posible determinar la intención de las partes.

Así las cosas, en virtud de la reversión incorporada como cláusula por decisión de las partes en los contratos, se impone que, al finalizar su término, los elementos y

⁶² Expresó la doctora Cediél de Peña: “...yo creo y creo no equivocarme, que fue un tema que ni siquiera se tocó en los pre pliegos como materia de discusión, nadie discutió eso, todo el mundo sabía que tenía que revertir el espectro, que parece una bobada pero yo recuerdo problemas que tenía el Ministerio para la limpieza de las bandas cuando la gente retiraba sus redes y esto era una pelea porque la gente dejaba las bandas ocupadas y por eso era tan importante la reversión entendida como la limpieza del espectro utilizado.” Cuaderno de pruebas 27, folio 1-16.

⁶³ Barros Errazuriz, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Segundo Año, Segunda Parte. Trata de los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones, Vol II, Ed. Nascimento, Santiago, Chile, 4ª. Ed.p.221.

bienes directamente afectados a la misma, pasarán a ser de propiedad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna.

Por supuesto, que es necesario, para efectos de este litigio, establecer los elementos y bienes directamente afectados a la concesión al tiempo de su finalización, teniendo en cuenta para ello que, de acuerdo con el criterio de interpretación previsto en el artículo 1619 del Código Civil, *“Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”*. Dada la existencia de una clara y expresa definición legal de lo que se entiende por “bien”, prevista en el artículo 653 del C.C., no parece necesario recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, como lo hace Telefónica, para saber qué es una cosa o un bien, dado que le preocupa que *“son, lingüísticamente hablando, conceptos abiertos que dejan amplias interpretaciones sobre su significado concreto”* (Alegato, p. 21). No. Esos conceptos (elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio concesionado al tiempo de la terminación del contrato) todos son precisos; y de lo que se trata es de establecer cuáles “elementos y bienes” quedan cobijados por la clara previsión contractual, cuya intención también es clara por tratarse, el contrato de marras, de una concesión de un determinado servicio público, cuya prestación requiere de bienes instrumentales que el concesionario organiza a lo largo de la vigencia del contrato, y que deben ser revertidos, a su terminación, para preservar la continuidad de su prestación.

Para ello, resulta útil un primer elemento del propio acuerdo, también carente de toda oscuridad lingüística o normativa, que está previsto en el párrafo segundo de la cláusula primera, y al cual puede acudir de acuerdo con el criterio legal señalado en el primer inciso del artículo 1622 del Código Civil (mencionado por las convocadas; pero para efectos de la cláusula vigésima novena a la cual ya se hizo alusión), pues *“las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*.

En dicho párrafo se hace referencia a las redes de telefonía móvil celular “que se instalen en desarrollo de este contrato”, lo mismo que a sus aplicaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones. La simple lectura conjunta de este párrafo, con la cláusula trigésima tercera, permite interpretarlas unas con otras, dotándolas de sentido en el momento de la celebración de una concesión de un servicio público de telefonía móvil celular a plazo, para el entendimiento del alcance de la clara expresión “elementos y bienes directamente afectados” a la concesión.

En primer lugar, las redes de telefonía móvil celular no estaban instaladas al momento de celebrarse el contrato, y esa circunstancia elemental permite establecer la intención contractual, muy clara por lo demás; y es que a partir de entonces y durante la vigencia del contrato, le correspondía al Concesionario, por su cuenta y riesgo y en función de sus libres decisiones empresariales, en un sector altamente competitivo y sometido a los imprevisibles y espectaculares avatares de los cambios tecnológicos, que pueden condenar a una obsolescencia súbita activos de costos y sofisticación elevados, escoger y definir los “elementos y bienes” que afectaría el contrato en forma directa a la prestación del servicio que se obligó a

operar.

La claridad que adquieren entonces la intención contractual y la cláusula de marras al apreciarla en su conjunto con el párrafo de la cláusula segunda, permite descartar toda una serie de argumentaciones orientadas a sostener que la cláusula trigésima tercera resulta oscura o inaplicable, en cuanto a los bienes y elementos propios de su “ámbito material”. No puede perderse de vista que es un asunto absolutamente decantado y pacífico en el derecho privado cuáles son las cosas o bienes sobre las cuales puede recaer una declaración de voluntad con efectos vinculantes. En efecto, tal y como se señala en el artículo 1518 del Código Civil, aplicable en materia comercial (C.Co., art. 822) y en los contratos estatales (Ley 80 de 1993, art. 13):

“No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. (-) La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. (-) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

De manera que en este caso se concluye sin dificultad, al interpretar una cláusula con otra, como lo prescribe el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, que los elementos y bienes directamente afectados a la concesión contratada eran, sin lugar a dudas, determinables, aunque no se hubieran señalado al momento de celebrarse el contrato con todo el detalle que ahora echan de menos los concesionarios, quienes, en su calidad de empresarios profesionales en la materia, al asumir la obligación de prestar el servicio debe suponerse que tenían en mente esa circunstancia, máxime cuando la cláusula de reversión se encontraba desde los pliegos de condiciones y la minuta correspondiente, documentos estos previos y necesarios para ofertar.

Eran determinables también por el hecho de que se trataba de los bienes y elementos directamente afectados a la prestación del servicio, circunstancia que, además de la referencia a las normas legales expresamente mencionadas en el párrafo primero de la cláusula primera, al estipular que “*Las redes de telefonía móvil celular que se instalen en desarrollo de este contrato, lo mismo que sus aplicaciones, renovaciones, ensanches y modificaciones forman parte de las redes de telecomunicaciones del estado de conformidad con los artículos 14, 15 y 23 del decreto 1900 de 1990 y el artículo 5 y 6 del decreto 741 de 1993*”, dependía del hecho de que la instalación allí prevista la llevaba a cabo nadie distinto del concesionario y, parece obvio repetirlo, a partir de la vigencia del contrato y no antes.

No se incurrió entonces en la impropiedad consistente en pactar obligaciones sin prestación, o en estipularlas con objetos consistentes en prestaciones imposibles, sino que en forma clara y acorde con la intención contractual de conceder la

prestación de un servicio, permitiendo el uso del espectro asignado, se dejó en manos del concesionario del servicio la definición material y técnica de los elementos y bienes adecuados para dicha prestación, pero no en forma absoluta, porque en razón de su obligación de prestar el servicio de telefonía móvil celular con el cumplimiento de los requisitos de calidad que exige el contrato, el concesionario debía destinar a ello bienes y elementos adecuados a tal fin, lo que además descarta que existiera una especie de condición potestativa pura (C.C., art. 1535).

Se trataba entonces, a la luz del consolidado principio previsto en el citado artículo 1518 del Código Civil, de elementos y bienes que al celebrar el contrato se esperaba que existieran; que era física y legalmente posible que llegaran a existir; y que en el ámbito de lo que es comerciable, pues se debe asumir que se contrató una obligación real y lícita, pudieran ser instalados, aplicados, renovados, ensanchados y modificados por el operador y determinables al momento de la exigibilidad de la reversión. Es clara, pues, además de acorde con la naturaleza del contrato, la intención, y es clara también la cláusula prevista para regular ese propósito contractual.

Telefónica, a partir de la que califica como omisión de la “elemental precisión de los bienes que habrían de ser objeto de reversión”, construye el que denomina un “proceso inductivo” que a partir del susodicho indicio, lo conduce a reafirmar que “la única materia reversible sería el espectro radioeléctrico”. Esa elucubración, ajena a la intención contractual acorde con la naturaleza del contrato, en vez de partir del hecho verificable con el texto del propio contrato, consistente en que los bienes y elementos a revertir eran determinables, se basa en el “hecho conocido” consistente en que en el Pliego no se haya relacionado una lista de bienes materia de la reversión, y en el hecho “desconocido”- según Telefónica- que sería “el relativo a la intención de las partes frente al alcance de la reversión”. Planteadas así las cosas, afirma que sólo *“Resta el proceso inductivo que se construye a partir de la elemental pregunta de siendo un tema de tanta importancia el relacionado con los bienes a ser revertidos al finalizar el término de duración del contrato, ¿por qué se omitió la elemental pregunta de siendo en (sic) un tema de tanta importancia?”*

La interpretación armónica del contrato que ha explicado el Tribunal, permite responder esa pregunta en la forma explicada; y posibilita también descartar la referencia a hechos anteriores y posteriores a la celebración del contrato que los convocados han aducido en pro de argumentos enderezados, o a controvertir la claridad de la intención contractual común que se manifiesta en una cláusula de reversión de bienes determinables al tiempo de su terminación, o a configurar supuestas conductas interpretativas que reduzcan la reversión sólo a la porción asignada del espectro radioeléctrico.

En ese orden de ideas, en los Pliegos, en la Minuta de los Contratos y en los anexos no podía darse esa determinación detallada de los bienes y elementos objeto de reversión y que, por contraste con la referencia al espectro, echa de menos Telefónica; y no es exacto que no existiera una regulación adecuada para su determinación, que es la que aparentemente no encuentra cuando afirma que, no existe una “regulación detallada mínima” de tales bienes. También señala, a favor

de su tesis, que el Ministerio no solicitó inventarios durante la ejecución de la concesión, aunque no resulta claro ni se detiene a explicar por qué esa inacción del Ministerio podría conducir a considerar que no había obligación de llevar a cabo la reversión, o por qué habría que suponer que ello fuera una forma de condonarla. Tampoco se encuentra que la obligación pierda claridad, existencia o exigibilidad porque se haya certificado el cumplimiento del PME, o porque en el momento de la prórroga del 2004, que es una conducta contractual común que modifica el plazo en curso, no se hubieran determinado cuáles eran los bienes objeto de reversión. Telefónica no explica por qué, al tiempo de la prórroga, esa determinación fuera requerida, como si las partes se encontraran ya al momento de la terminación del contrato, en vez, precisamente, de estar prorrogando su vigencia; y como si debiera llevarla a cabo el acreedor de la obligación de hacer consistente en la prestación adecuada del servicio, que es aquella cuyo cumplimiento, por corresponder al objeto del contrato, interesa directamente al concedente, más que la constatación de los bienes y elementos (medios) que el concesionario decida usar en un determinado momento de la vigencia del contrato para cumplir con esa obligación de hacer, y que puede escoger y reemplazar en cualquier tiempo anterior a su terminación, y por su cuenta y riesgo.

Según Telefónica, si subsistieran dudas *“debe acudirse además a la rotunda prescripción del artículo 1624 del Código Civil... porque si, en gracia de discusión, se considerare que no es clara la tantas veces invocada intención de las partes conforme a las pruebas y razones arriba mencionadas, no es posible solucionar tampoco esta incertidumbre por vía de la lectura puramente gramatical de estas cláusulas. En efecto ‘los elementos y bienes directamente afectados’ son, lingüísticamente hablando, conceptos abiertos que dejan amplias interpretaciones sobre su significado concreto”* (Alegato, p. 21). Comcel, al invocar el segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil, señala que la cláusula fue redactada por el Ministerio y debe ser interpretada a favor de Comcel, dado que *“(...) ante la imposibilidad de conocer con certeza la voluntad de las partes de una cláusula eminentemente dispositiva, se debe interpretar en contra del MINTIC, y a favor de los operadores, los (sic) cual supone que la interpretación adecuada es que solamente se debe revertir el espectro radioeléctrico”* (Alegato, p. 69).

Puesto que el análisis interpretativo del Tribunal que se ha expuesto, lo lleva a concluir que el sentido y alcance de la intención de los contratantes y del clausulado dispuesto para plasmarla en un acuerdo vinculante, son claros, no encuentra- como lo arguyen las convocadas- “aperturas” lingüísticas que generen ambigüedad en ninguno de esos dos aspectos, ni que sea *“imposible conocer con certeza la voluntad de las partes”* como consecuencia de una cláusula redactada por el Ministerio en los términos ya examinados y con el objeto que se ha precisado.

Se debe añadir que, en cuanto a la aplicación de este criterio último, o residual o subsidiario de interpretación a la contratación estatal, el Consejo de Estado ha manifestado que procede cuando *“La administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben interpretarse en contra de quien redactó la minuta del contrato de adhesión”*; y que *“Las cláusulas pobres o confusas, que en los pliegos de licitaciones aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y*

*el equipo necesario para hacer las cosas bien*⁶⁴.

Pues bien, no encuentra el Tribunal en este caso confusión ni en el texto ni en el sentido de la cláusula trigésima tercera que permita la interpretación de la misma planteada por las convocadas.

Por otra parte, las Demandadas han señalado en que existió una conducta contractual común de las partes en el sentido de que la reversión sólo operaba sobre el espectro electromagnético.

Las convocadas han insistido en que ninguna de las partes llevó a cabo contabilizaciones respecto de tales elementos y bienes, y de ahí concluyen que la obligación no era clara, o que ni siquiera existía; o se basan en ello para sostener que dicha ausencia de contabilidad, junto con otros hechos, que en seguida se revisarán, permiten entender, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil, que se configuró una conducta interpretativa del contrato que demuestra que no había tal obligación de reversión de elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio.

Dada la importancia que las Demandadas le atribuyen a tal conducta, considera pertinente el Tribunal analizarla distinguiendo dos etapas: la primera que va desde la celebración del contrato hasta la entrada en vigencia de la ley 422 de 1998, y la segunda con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

La conducta de las partes a partir de la celebración del contrato y hasta la entrada en vigencia de la ley 422 de 1998.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 422 de 1998 la conducta de las partes revela que era claro para ellas que en los contratos de concesión la reversión se refería a todos los activos afectados a las concesiones y no solamente al espectro electromagnético.

En efecto, en su dictamen el perito financiero Valora (en adelante el Perito Financiero) señaló lo siguiente en relación con la referencia a la reversión en los informes financieros de Celumóvil⁶⁵:

“Consultados los informes correspondientes a los períodos anuales comprendidos entre 1994, 1995, 1996 y 2000 se encontraron las siguientes notas:

“AÑO 1994

“En las notas a los Estados Financieros correspondiente a su Nota 2 Aspectos Relevantes del contrato por Derechos de Concesión en el parte Modificación y Terminación menciona:

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencias del 26 de septiembre de 1996 y del 30 de mayo de 1995.

⁶⁵ Páginas 119 y siguientes del dictamen financiero.

“Dado que el contrato de Concesión se refiere a la prestación de un servicio público y la concesión de frecuencias radioeléctricas es propiedad del Estado, la terminación, modificación e interpretación del contrato está regida por la ley que regula los contratos entre las compañías privadas y entidades gubernamentales.

“Reversión del equipo al término del contrato

“A la finalización del término del contrato de concesión, o del período de renovación, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, revertirán al Gobierno de Colombia sin pago de compensación alguna.” (Se subraya)

En este mismo sentido, en los Estados Financieros de 1995 y 1996 se incluyó en la nota 2 común a los mismos, la siguiente manifestación⁶⁶:

“Modificación y terminación.

“Dado que los contratos de concesión se refieren a la prestación de un servicio público y la concesión de frecuencias radioeléctricas es propiedad del Estado, la terminación, modificación e interpretación de los Contratos está regida por la Ley que regula los contratos entre las compañías privadas y entidades gubernamentales.

“Reversión del equipo al término del contrato.

“A la finalización del contrato de concesión, incluidas sus prórrogas, los elementos y bienes directamente afectados a la misma, revertirán al Gobierno de Colombia sin pago de compensación alguna. En la actualidad Celumóvil adelanta conversaciones con el Gobierno para aclarar que la reversión sólo se producirá sobre las frecuencias del espectro electromagnético utilizadas en el servicio celular.”

De esta manera, en las notas a sus estados financieros Celumóvil reconoció que la reversión se refería a los elementos y bienes con que se prestaba el servicio, esto es a los equipos, de acuerdo con el título colocado en las notas a los estados financieros, y que se adelantaban conversaciones para aclarar que la reversión sólo se produciría sobre las frecuencias.

De igual modo, en su dictamen, el perito financiero se refirió al caso de Comcel y señaló que⁶⁷:

“Consultados los informes correspondientes a los períodos anuales comprendidos entre 1994 y 2013, se evidenció la siguiente revelación:

⁶⁶ Página 120 del Dictamen financiero.

⁶⁷ Página 49 del Dictamen Financiero.

“Para el balance del año 1995, Parte II página 23, suministrado en documento pdf (original en inglés) se evidencia la siguiente nota:

“Cellular Association

“In July 1995, the Colombian cellular companies formed an industry association, the Colombian Cellular Industry Association (Asociación de la Industria Celular de Colombia) (ASOCEL). Carlos Holguín, a former Minister of Communications and a former President of de Colombian Senate, is President of ASOCEL.

“ASOCEL`S mission is to focus on common industry concerns, including the power of the Ministry of Communications to deny renewal of cellular concessions beyond their tenth year and clarification regarding the reversion of assets directly related to the Concession called for in the concession agreements. ASOCEL also expects to address operational issues, including fraud control and credit checking procedures.”⁶⁸ (Se subraya)

Las notas, observa el Tribunal, forman parte los estados financieros, uno de los elementos centrales de la contabilidad de los comerciantes; como se dice en el artículo 114 del Decreto 2649 de 1993, aplicable en el momento de la confección de las mismas, *“son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros”*; y de conformidad con lo señalado en el artículo 36 de la Ley 222 de 1995, tales notas acompañan los estados financieros, *“con los cuales conforman un todo indivisible”*.

Así mismo, en el caso de Ocel en sus aclaraciones al dictamen⁶⁹, el perito financiero señaló que en el Informe de la Asamblea General de Accionistas del año 1994 (página 4), se dijo lo siguiente:

“...una vez realizada la adjudicación se cumplió con todo el proceso de perfeccionamiento y legalización del contrato, previa la definición del texto final del documento a suscribirse, pues la versión incluida en el pliego de condiciones de la licitación requería de unas precisiones y ajustes que fueron establecidas luego de varias reuniones con el Ministerio de Comunicaciones. No obstante el documento finalmente firmado el día 28 de marzo de 1994 conserva algunos puntos que requieren claridad, los cuales han sido rechazados desde un principio por los operadores celulares, tales como la reversión y la no prórroga automática de la concesión.” (Se subraya)

Y en el Formulario 20-F Informe Anual de Conformidad con la sección 13 O 15(d) de la ley *Securities Exchange Act* de 1994 presentado por Comcel para el año fiscal terminado el 31 de diciembre de 1998 a la *Securities and Exchange Commission* se expresó:

⁶⁸ Anexo 5 Dictamen Financiero. Balance del año 1995 de Comcel.

⁶⁹ Página 50 de las aclaraciones.

“Reversión de Activos: La Concesión de Comcel disponía inicialmente que, al final de su término, todos los activos directamente relacionados con la Concesión debían revertir al Ministerio de Comunicaciones sin compensación alguna. Tras adelantar consultas con los operadores celulares, el Congreso de Colombia expidió la Ley 422 de 1998 (la “Ley 422”) que establece nuevas reglas con respecto a la reversión de activos. La Ley 422 dispone que sólo las frecuencias radio eléctricas asignadas a la operación de un servicio celular habrán de revertir al gobierno colombiano al final del término de dicha Concesión.”⁷⁰(Se subraya)

De igual manera, en el documento titulado “Solicitud de Consentimiento y Memorando de Oferta”, proveniente de Comcel que obra a folio 106 del Cuaderno de Pruebas 33, se expresa:

“Reversión de Activos: Las Concesiones inicialmente determinaron que al final de sus periodos respectivos, todos los activos relacionados directamente con las Concesiones debían restituirse al Ministerio de Comunicaciones sin compensación. Tras consultas con los operadores celulares, el Congreso de Colombia expidió la Ley 422 (tal como se define en el presente documento) que establece nuevas normas relativas a restitución de activos. La Ley 422 establece que sólo las frecuencias radio eléctricas asignadas a la operación del servicio de celular debe revertir al gobierno de Colombia a finales del periodo de concesión.”⁷¹(se subraya)

Como se puede apreciar, en la creación de ASOCEL se consideró necesario aclarar cómo operaría la reversión de activos prevista en los contratos, lo que significa que no era claro que ella sólo se refería al espectro. Así mismo, Ocel en sus estados financieros señala que en los contratos hay una reversión pactada que ha sido rechazada por los concesionarios y que debe ser aclarada. En el formulario presentado a la SEC para el año 1998 por Comcel se deja claro que la reversión inicialmente comprendía todos los activos, pero que dicha situación fue modificada por la Ley 422. Igualmente en la “Solicitud de Consentimiento y Memorando de Oferta” respecto de la emisión de bonos por parte de Comcel, se señala que los contratos de concesión inicialmente estipulaban que todos los activos directamente revertirían, pero que la Ley 422 establece nuevas reglas de acuerdo con las cuales sólo revertirían las frecuencias radioeléctricas.

Lo anterior reafirma que para los concesionarios era clara la existencia de una cláusula de reversión que comprendía todos los activos directamente relacionados con la concesión y no sólo el espectro electromagnético.

Además, se debe agregar que antes de la expedición de la Ley 422, el Ministerio de Comunicaciones estudió la solicitud de modificar el texto del contrato en cuanto se refiere a la regulación de la reversión. En tal sentido en la declaración del doctor Saulo Arboleda rendida ante este Tribunal, el mismo expresó:

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 27, folio 191.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 3, reverso folio 147.

“DR. CÁRDENAS: Y en ese contexto nunca se habló de la posible existencia de una reversión al final de periodo inicial o de la prórroga?”

“SR. ARBOLEDA: Sí hubo como unas solicitudes, me acuerdo bien, de las empresas concesionarias en el sentido de eliminar la cláusula que establecía la reversión de todos los equipos a La Nación una vez concluido el contrato de concesión, yo recuerdo que yo le pedí un concepto a la oficina jurídica del Ministerio y el concepto que ella dio es que, de acuerdo a las normas legales establecidas al momento, pues no podía el Ministerio acceder a la solicitud lógica, me parece, de parte de las concesionarias de que la prórroga se eliminara la cláusula de reversión de parte del conjunto de equipos que requerían las empresas concesionarias para prestar adecuadamente el servicio.”

Ahora bien, en comunicación de enero de 1997 la oficina jurídica del Ministerio de Comunicaciones le expresó su concepto al Ministro sobre la consulta que le fue formulada sobre la modificación de la cláusula de reversión, para que la misma estableciera que *“la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido y en ningún caso sobre bienes de propiedad de los concesionarios”* y al respecto expresó⁷²:

“El art. 19º de la Ley 80 de 1993, dispone que: ‘En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.’

“Teniendo en cuenta el artículo anteriormente transcrito, que a la luz del art. 1º de la Ley 37 de 1993, el objeto de los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular es la explotación de la parte del espectro electromagnético asignado al servicio, y que de acuerdo con el artículo 18º. De Decreto Ley 1900 de 1990, el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado, resulta apenas lógica la aplicación y conservación de la cláusula trigésima tercera de los contratos vigentes.

“Aparentemente, la modificación propuesta se fundamenta en el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994 que dispone:..., sin embargo, tal norma no es aplicable al caso que nos ocupa, toda vez que en el artículo 14.26 de la misma ley se establece de manera expresa que las disposiciones contenidas en dicha ley no serán aplicables al servicio de telefonía móvil celular.

“En efecto el Art 14.26 citado dispone:...

“Ahora bien, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C-250 del 6 de junio de 1996, la no inclusión de la cláusula de reversión, en

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 22, folio 188 y ss.

absoluto desvirtúa sus efectos, por ser un elemento esencial de los contratos estatales. ...

“Finalmente es necesario tener en cuenta que la estipulación contractual mediante la cual se establece la cláusula de reversión, permite el cumplimiento del deber constitucional del Estado (art. 365 CP) de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, toda vez que la intención de la norma, no es otra que “mantener la continuidad del servicio público al momento de la extinción del contrato.” (Corte constitucional Sentencia C-250 junio 6 de 1996)

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no resulta viable desde el punto de vista jurídico, la modificación de la cláusula trigésima tercera de los contratos para la prestación del Servicio de Telefonía Celular.” (Se subraya)

Como se puede apreciar, la dependencia jurídica del Ministerio expresó claramente la imposibilidad de modificar el contrato para que la reversión sólo se aplicara sobre las frecuencias radioeléctricas, con un razonamiento semejante al que había expuesto el Ministerio durante la licitación.

Es pertinente señalar que en su declaración el doctor Arboleda igualmente expresó:

“DR. ESGUERRA: Cuál era su opinión en relación con la reversión, a qué debía referirse, en su opinión, no hablo de lo que decía el memorando de la oficina jurídica sino cuál era la posición del Ministro de Comunicaciones en relación con ese tema.

“DR. CÁRDENAS: Como posición del Ministro de la época, doctor Esguerra, no la opinión hoy sino lo que usted entendía en ese momento.

“DR. ESGUERRA: Sí, por eso lo plantee en pasado, pero sí, por supuesto.

“SR. ARBOLEDA: A ver, fundamentalmente yo traía, como Ministro de Comunicaciones traía el criterio que yo defendí como presidente de Asomedios ante el Ministerio y bueno, y no era necesario defenderlo, lo tenía claro porque así es la norma, y es que en el caso de las emisoras de radio, de los concesionarios de radio no es necesario, no lo establece la ley, devolver los equipos, las consolas, las antenas todo esto relacionado con la transmisión de frecuencias radiales sino únicamente la frecuencia, eso es lo que tengo yo, eso es lo que yo tenía como claro durante mi ejercicio en la presidencia de Asomedios y los contactos que tuve muchos con el Ministerio de Comunicaciones.”

De la cita anterior se evidencia que la opinión que expresó el doctor Arboleda no se refiere a lo que el Ministerio consideraba en ese momento, sino a la forma como operaba la reversión en general en el sector del cual él había sido dirigente gremial.

De esta manera para el Tribunal es claro que además de que la cláusula trigésima tercera era clara, la conducta de las partes anterior a 1998 revela que ambas partes entendían que la misma se refería a todos los activos afectados a la concesión, pues así lo reconocieron los concesionarios en diferentes documentos y precisamente

solicitaron la modificación de la cláusula, lo cual consideró imposible el Ministerio.

La conducta de las partes con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 422 de 1998.

Por lo que se refiere al período posterior a la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998, se encuentran los siguientes elementos de convicción:

El perito financiero, al ser preguntado sobre la existencia de una anotación contable sobre reversión en las concesionarias, respondió, en relación con Celumóvil, que para el año 2000 *“Consultado el período correspondiente no se evidenció registro alguno sobre reversión”*: Así mismo en lo que respecta a Bellsouth expresó: *“Consultados los informes correspondientes a los períodos anuales comprendidos entre los años 2000 a 2003 no se evidenció registro alguno sobre reversión”*⁷³. Así mismo en el caso de COCELCO indicó: *“Consultados los Estados Financieros con corte a 1998 y 1999 junto con su Nota 6, no se evidenció registro alguno sobre reversión.”* Finalmente, en relación con Telefónica MÓVILES DE COLOMBIA señaló que *“Consultados los informes correspondientes a los períodos anuales comprendidos entre los años 2005 a 2010 no se evidenció registro alguno sobre reversión”*⁷⁴.

A su turno, sobre el mismo punto y en relación con Comcel señaló el perito que había consultado los informes comprendidos entre 1994 y 2013 e indicó la nota en inglés que aparece en el balance de 1995 sobre Asocel, a la que ya se hizo referencia, y agregó que *“Para los demás períodos no se encontraron notas relacionadas con el tema de reversión.”*⁷⁵

Respecto de Ocel señaló el perito que *“Una vez consultado, los informes de gestión, dictamen de revisoría fiscal, balance general, notas a los Estados Financieros y la cuenta “Propiedad Planta y Equipo” para los períodos comprendidos entre el año 1995 a 2004, no se evidenció registro alguno sobre reversión.”*

En el caso de Celcaribe el perito señaló que aparecía la siguiente nota⁷⁶:

“NOTA 1 ENTIDAD REPORTANTE, OPERACIONES, Y CONTRATOS RELEVANTES

“Contrato de concesión

“La Compañía firmó con la Nación un contrato de concesión cuyas principales características se mencionan a continuación:

“ ...

⁷³ Dictamen Financiero, página 120.

⁷⁴ Dictamen Financiero, página 121.

⁷⁵ Dictamen Financiero, páginas 49 y 50.

⁷⁶ Dictamen Financiero, página 50.

“g) Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la nación.”

“Fuente: Balance Celcaribe 2002 parte II.pdf paginas 5, 6”

De este modo, en la información financiera de Celumóvil, Bellsouth, Telefónica Móviles, Cocolco, Comcel y Ocel a partir de 1998 no hay referencia a la existencia de una reversión; por el contrario, en la nota a los estados financieros de Celcaribe correspondientes al 2002, se alude claramente a la reversión pactada.

Así mismo, en el Formulario 20-F Informe Anual de Conformidad con la sección 13 O 15(d) de la ley *Securities Exchange Act* de 1994 presentado por Comcel para el año fiscal terminado el 31 de diciembre de 1998 a la *Securities and Exchange Commission*, al que ya se hizo referencia, se expresó:

“Reversión de Activos: La Concesión de Comcel disponía inicialmente que, al final de su término, todos los activos directamente relacionados con la Concesión debían revertir al Ministerio de Comunicaciones sin compensación alguna. Tras adelantar consultas con los operadores celulares, el Congreso de Colombia expidió la Ley 422 de 1998 (la “Ley 422”) que establece nuevas reglas con respecto a la reversión de activos. La Ley 422 dispone que sólo las frecuencias radio eléctricas asignadas a la operación de un servicio celular habrán de revertir al gobierno colombiano al final del término de dicha Concesión.”⁷⁷(Se subraya)

De igual manera en el documento titulado “Solicitud de Consentimiento y Memorando de Oferta”, por parte de Comcel que obra a folio 106 del Cuaderno 33, y que ya se transcribió en otro aparte de este Laudo, se expresa:

“Reversión de Activos: Las Concesiones inicialmente determinaron que al final de sus periodos respectivos, todos los activos relacionados directamente con las Concesiones debían restituirse al Ministerio de Comunicaciones sin compensación. Tras consultas con los operadores celulares, el Congreso de Colombia expidió la Ley 422 (tal como se define en el presente documento) que establece nuevas normas relativas a restitución de activos. La Ley 422 establece que sólo las frecuencias radio eléctricas asignadas a la operación del servicio de celular debe revertir al gobierno de Colombia a finales del periodo de concesión.”⁷⁸(Se subraya)

Como se puede apreciar, en la información financiera al mercado de valores estadounidense, se señaló que la reversión a partir de la Ley 422 solo incluía las frecuencias radioeléctricas.

Al respecto de estos documentos debe señalarse que por tratarse de conductas unilaterales de Comcel, que no corresponden, además, a la aplicación práctica de ninguna cláusula del contrato, sino a una explicación de un punto de vista acerca

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 27, folio 191.

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, reverso folio 147.

del alcance de la misma, y sobre las cuales en todo caso no se acreditó ninguna clase de aprobación por parte del Ministerio, no son de recibo para efectos de invocar la aplicación del artículo 1622 del Código Civil.

Adicionalmente, el señor Carlos Alberto Torres, director de contraloría de Comcel, en su declaración en este proceso manifestó:

“SR. TORRES: Lo que se evidenció de la información contable de la época, en el año 94 al 98 no evidencia la contabilidad de la compañía algún rastro que pudiera llevar a concluir que la compañía registró una eventual reversión de activos fijos.”⁷⁹

Así mismo precisó que los registros contables siempre han seguido la misma política desde el año 94 hasta hoy en materia de registro de activos. Igualmente expresó:

“SR. TORRES: La compañía como lo mencioné hace un momento registró desde sus inicios los activos fijos, como activos fijos propiedad de la compañía, depreciada una vida útil asignada a cada tipo de activo, no existe en los estados financieros un reconocimiento de alguna reserva por alguna contingencia relacionada con reversión o un relacionamiento con algún intangible que se derivara pues para revelar esta eventual reversa.

“DR. TOBAR: ¿Usted se está refiriendo a Comcel, a Ocel y Celcaribe o solo a Comcel, o a las tres, o a dos, o a una?

“SR. TORRES: A ver, en el año 98 cuando yo ingresé tomé la parte que me tocaba de la contabilidad en su momento de Ocel, que en los registros contable de Ocel de esa época tampoco se evidenció reconocimiento de este tipo relacionado con reversión; en los estados financieros de Celcaribe, que la tomé yo en el año 2003, en el mes de febrero tampoco se evidencia un registro contable en relación con la reversión, esto lo concluyo afirmando que ninguna de las tres compañías tiene una revelación de este tipo financiero relacionado con reversión de activos.” (Se subraya)

En relación con este testigo, en lo que tiene que ver con la manifestación que hizo el apoderado de la Nación, debe observarse lo siguiente: (i) en la valoración del testimonio se han tenido en cuenta las manifestaciones de la parte Convocante, sin que pueda observarse que la vinculación del testigo con la Convocada, afecte el contenido de su declaración y (ii) que en los documentos dirigidos al mercado de valores estadounidense sí se hizo referencia a la reversión para un periodo anterior a 1998.

Así mismo el testigo Luis Gregorio Leverí Malaver, quien fue contador de Comcel, expresó:

⁷⁹ Folio 191 del Cuaderno de Pruebas No. 27.

“DR. TOBAR: ¿Usted en una respuesta al Tribunal mencionó algo que no le entendí muy bien y que le ruego que nos precise de una información que remitían a Estados Unidos a la bolsa de valores?”

SR. LEVERI: Si eso lo sé en inglés mío es malo... entonces es la comisión de valores un informe de los estados financieros de la compañía ahora con qué finalidad, no lo sé, lo sabe el área financiera pero se prepararon, qué incluía hay, la propiedad planta y equipo que hablábamos pero en ningún momento en estos estados financieros se hablaba para responderle su pregunta anterior de que tendría alguna cláusula de activos y de recursos.”

⁸⁰ (Se subraya)

De los elementos probatorios aportados resulta que las concesionarias, salvo Celcaribe, de una manera u otra revelaron su interpretación de la Ley 422 en el sentido que sólo habría reversión de frecuencias radioeléctricas, o simplemente omitieron incluir en su información financiera cualquier referencia a la reversión, a diferencia de lo que habían hecho con anterioridad.

Sobre el alcance de dicha circunstancia es necesario distinguir entre la existencia de una obligación, en este caso la de revertir activos directamente afectados a la concesión al tiempo de su terminación, que genera un crédito correlativo en cabeza del concedente, y la existencia de la contabilización de ese hecho económico por parte de los contratantes, distinción pertinente para el Tribunal y a la cual hizo referencia la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en su alegato (Alegato, p. 64 y ss). Contabilizar o no; o contabilizar en forma adecuada o incorrecta un hecho económico derivado de un contrato cuya existencia está fuera de duda, legalmente no acarrea ni la inexistencia del contrato, ni la imposibilidad de exigir o de cumplir con una obligación derivada del mismo. La simple lectura del artículo 264 del Código General del Proceso, que es claro en este punto, precisa el alcance probatorio de los libros y papeles de comercio, distinguiendo de entrada, por cierto, entre cuestiones mercantiles debatidas entre sí por comerciantes, que no es el caso habida cuenta de la naturaleza del Ministerio, y las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, como lo es el Ministerio. De acuerdo con esa disposición, que resulta armónica con lo previsto desde 1972 en los artículos 68 y 69 del Código de Comercio de 1971:

“Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (-) En las demás cuestiones, aun entre comerciantes, solamente harán fe contra quien los lleva, en lo que en ellos conste de manera clara y completa, y siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable.(-) En las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, los libros sólo constituyen un principio de prueba a favor del comerciante, que necesitará ser completado con otras pruebas.”

En ese orden de ideas, se tendría que establecer si de la contabilidad arrimada al proceso surge algún “principio de prueba” a favor de las convocadas en cuanto su

⁸⁰ Folio 250 reverso del Cuaderno de Pruebas No. 27.

dicho, referente, no a la inexistencia del pacto de la obligación de reversión, sino de la existencia de una conducta de una de las partes conocida y consentida por la otra, o llevada a cabo por ambas partes que se manifestara en la ausencia de asientos contables adecuados para reflejar los elementos y bienes a revertir, conducta que permitiría interpretar el contrato por su ejecución práctica, sin considerar dicha obligación.

La ausencia de asientos contables que reflejen la reversión de los bienes directamente afectados a la concesión, que se presenta en la contabilidad del Ministerio y en la de los concesionarios no afecta ni la existencia ni la exigibilidad de una obligación con un objeto determinable, cuya variación material, durante la vigencia del contrato, dependía de acciones y decisiones del operador, es decir del “ente contable”. Es importante señalar que por esa razón era el concesionario quien estaba en posición de identificar en cada momento los elementos y bienes a contabilizar. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que para llevar a cabo, de acuerdo con la política que al respecto defina cada concesionario en función de su necesidades y conveniencias, una amortización de los bienes afectados directamente a la concesión, se requiere la previa identificación de los bienes a amortizar; y ambas definiciones y decisiones contables son del resorte de los respectivos operadores, y su realización no afecta la existencia y exigibilidad de la obligación de reversión pactada de mutuo acuerdo.

Por lo que se refiere al Ministerio de Comunicaciones se advierte lo siguiente:

En su dictamen el perito financiero expresó que “*los activos considerados revertibles debieron registrarse en cuentas de orden por parte del MinTIC por el posible impacto que dicho hecho económico podía generar en los Estados Financieros, para lo cual, su reconocimiento obligaba a la identificación de los activos a revertir y la realización de su avalúo*”⁸¹. Ahora bien, al contestar cómo se veían reflejados los activos relacionados con los contratos de concesión en la contabilidad del Ministerio en el período comprendido entre 1998 y 2009, el perito expresó⁸²:

“Respuesta del perito financiero:

“Dado su posible impacto en los Estados Financieros, los activos relacionados con los contratos de concesión se debieron registrar en la contabilidad del MinTIC en sus cuentas de orden, a partir de la identificación y avalúo de los mismos. Sin embargo, la contabilidad de MinTIC no refleja dicha contabilización.”

De esta manera existe un primer hecho que resaltar, y que consiste en que los activos relacionados con los contratos de concesión, debieron registrarse en cuentas de orden de la entidad concedente y no lo fueron. Sin embargo, para el Tribunal este factor no revela la voluntad del Ministerio, en el sentido de que no habría reversión, porque en el período que va de 1994 a 1998, el perito señala que la contabilidad del Ministerio no refleja la contabilización de los activos relacionados

⁸¹ Página 60 del Dictamen Financiero

⁸² Página 61 del Dictamen Financiero.

con la concesión, a pesar de que en ese momento era clara la interpretación por el Ministerio de que los contratos de concesión implicaban la reversión de los elementos y bienes directamente afectados al servicio. De esta manera, la conducta del Ministerio lo que revela es un eventual desconocimiento de normas contables.

Por otra parte, mediante comunicación del 23 de septiembre de 1999⁸³ dirigida a la Ministra de Comunicaciones, la Secretaria General del Ministerio de Comunicaciones se refirió a unas consultas formuladas por los concesionarios Occel y Comcel sobre la cuantía por la cual los operadores debían suscribir la póliza para el siguiente trienio.

En dicha comunicación se señaló:

“Revisado el contrato de concesión encontramos que, las más importantes obligaciones que se derivan del mismo como del pliego de condiciones son las que a continuación se relacionan:

“La cláusula séptima consagra las TARIFAS PERIÓDICAS DE CONTRAPRESTACIÓN. Es una obligación que es de carácter permanente.

“La cláusula Novena prevé La TECNOLOGÍA Y EQUIPO para la prestación del servicio de TMC, la cual deberá utilizar la tecnología AMPS.

“La Cláusula Décima, contempla la CALIDAD DEL SERVICIO. Es una obligación que el concesionario debe cumplir en forma continua y eficiente.

“La Cláusula Décima Segunda. RECEPCIONES DE QUEJAS. El concesionario deberá establecer un sistema eficiente de recepción y trámite de quejas y de reparación de las fallas de la red.

“La cláusula Décima Sexta. SISTEMA DE MEDICIÓN Y CONTROL DE LA CALIDAD. El operador se obliga a establecer y mantener un sistema de medición y control de calidad del servicio.

“La Cláusula Décima Séptima. DIGITALIZACIÓN. El concesionario se obliga a digitalizar su red para el quinto año en un 30% de canales de voz. En todo caso deberá mantener el grado de servicio mínimo para todos los suscriptores, tanto digitales como análogos.

“La Cláusula Décima Octava. ROAMING. Ofrecer entre áreas, redes y países.

“La Cláusula Décima Novena. OTRAS OBLIGACIONES. Ceñirse a los planes de señalización, numeración, tarifación y enrutamiento elaborados por el Gobierno Nacional- Ejecutar el Plan Mínimo de Expansión de Servicios TMC.

⁸³ Folio 364 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 15.

“Cláusula Vigésima Cuarta. Interconexión. Los concesionarios deberán celebrar acuerdos de interconexión con los operadores.”

En la citada comunicación se analiza el cumplimiento de las obligaciones mencionadas y se agrega:

“El Ministerio de Comunicaciones, para determinar el valor de garantía única que debían constituir los concesionarios al momento de suscribir los contratos de concesión, estimó en cada caso el valor de las obligaciones pendientes de cumplimiento en la suma allí consignada y transcurridos cinco años y medio de la concesión, se han cumplido la mayoría de las obligaciones nacidas de los contratos de concesión. Dado que la cláusula vigésima séptima de los contratos prevé que en todo caso el valor del amparo no podrá ser inferior al 50% del valor inicial, considera esta Secretaría, procedente que el Ministerio estime el valor de las obligaciones pendientes de cumplir, para el caso de Ocel S.A y Comcel S.A. en el mínimo exigido la citada Cláusula. Sobre esa base se determinará la cuantía de la póliza que garantizará los próximos tres de la concesión.”

En concordancia con lo anterior, el 27 de septiembre de 1999⁸⁴, la Ministra de Comunicaciones remitió al representante legal de Ocel un oficio manifestando que:

“En atención a su petición DJU-99 25790 de fecha 3 de septiembre de 1999 y radicada bajo el número 213273 del 6 del mismo mes y año, en la cual solicita que por parte del Ministerio de Comunicaciones se determine la cuantía en la que COMCEL S.A. debe suscribir para el próximo trienio la póliza a que hace referencia la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión, de manera comedida me permito comunicarle que una vez revisado el contrato de concesión encontramos que, se han cumplido las más importantes obligaciones que se derivan del mismo como del pliego de condiciones tomando como base los informes técnicos evaluados.”(Se subraya)

Como se puede apreciar, ni en la comunicación de la Secretaria General del Ministerio, ni en el oficio de la Ministra se hace referencia a la reversión pactada. Sin embargo, este hecho no es del todo decisivo si se tiene en cuenta que en enero de 1997 se había modificado la cláusula de duración de los contratos para incluir una prórroga automática que habría de operar a partir del año 2004, como en efecto ocurrió, por lo cual podía discutirse si en dicho escenario debería tomarse en cuenta, para efectos de la cuantía de la póliza que habría de estar vigente hasta el 2004, la reversión que por virtud de la prórroga habría de darse en el año 2014.

Por otra parte, las Demandadas han hecho referencia a las manifestaciones de la apoderada de la Nación en los procesos iniciados por Ocel y Comcel contra el Ministerio de Comunicaciones.

Desde esta perspectiva, si se examina la contestación a la demanda presentada por

⁸⁴ Folio 370 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

la Nación Ministerio de Comunicaciones, en el proceso iniciado por Ocel contra el Ministerio de Comunicaciones en 1999, se advierte que la apoderada de la Nación analizó la relación contractual en el caso de la telefonía móvil celular y expresó:

“La Ley 422 del 13 de enero de 1998 que modificó parcialmente ley 37 de 1993, de una parte reafirmó la interrelación entre la definición legal del servicio de telefonía móvil celular y la asignación de las frecuencias radioeléctricas para su prestación, y de otra, previó en forma expresa las posibilidades de prestación de servicios de telecomunicaciones utilizando la tecnología celular, sin que tal circunstancia implicara una violación a los contratos celebrados bajo el amparo de la ley 37, y atribuyó al Ministerio de Comunicaciones la función correspondiente. En lo pertinente para los efectos de este proceso, dispuso el legislador de 1998:

“En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones -entre ellos la telefonía móvil celular- la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial. Con esta disposición el legislador reitera, precisándola, el “contrato de concesión” en su verdadera dimensión jurídica: Concesión de un bien estatal (el espectro electromagnético), cuya utilización deberá revertir al vencimiento del plazo de la misma.

“SI SE TRATARA DE UNA TÍPICA CONCESIÓN “DE SERVICIO PÚBLICO” LA REVERSIÓN SERÍA DIFERENTE: REVERTIRÍAN AL ESTADO TODOS LOS ELEMENTOS AFECTOS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. EN ESTE CASO LOS IMPLEMENTOS Y EQUIPOS UTILIZADOS POR EL CONCESIONARIO EN LA EXPLOTACIÓN DE LA FRANJA DE ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO ASIGNADO, FUERON, SON Y CONTINUARÁN SIENDO DE PROPIEDAD DEL CONCESIONARIO

“EN RELACIÓN CON LAS REDES, ELLAS NO REVIERTEN, PUESTO QUE OSTENTARÁN LA CONDICIÓN DE PÚBLICAS EN TANTO AFECTAS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. LO QUE ES OBJETO DE LA REVERSIÓN ES PRECISAMENTE EL OBJETO DE LA CONCESIÓN: LA FRANJA DE ESPECTRO CONCEDIDA.”⁸⁵ (Las letras en mayúscula sostenida son de la apoderada del Ministerio en dicho proceso)

Y en la demanda de reconvencción presentada por la Nación contra Ocel en el referido proceso arbitral se incluyó la siguiente pretensión⁸⁶:

“TERCERA Que se declare que en desarrollo del Contrato número 004 de 1994, se presentaron circunstancias imprevistas que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del Ministerio de Comunicaciones que alteraron en su contra el equilibrio económico o ecuación económica de dicho contrato, derivadas de la

⁸⁵ Folio 85, vuelto, del Cuaderno de Pruebas No. 12.

⁸⁶ Folio 96 vuelto del cuaderno de pruebas No. 12.

expedición por el Congreso de la República de la Ley 422 de 1998 ‘Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993 y se dictan otras disposiciones’. (Se subraya)

Una pretensión semejante se incluyó en la reforma a la demanda de reconvención contra Comcel⁸⁷.

Igualmente se expresó en el capítulo de fundamentos de hecho de dicha demanda de reconvención contra Ocel y en la reforma a la demanda de reconvención contra Comcel lo siguiente:

“El artículo 4º de la ley 422 de 1998, dispuso:

“ ...

“Esto es que en virtud de disposición legal se eliminó la obligación del concesionario de devolver o mejor, revertir, las redes y equipos afectos a la prestación del servicio.”

“ ...

*“Se concluye entonces que las condiciones del contrato 005 (para OCCEL y 004 para COMCEL) de 1994 fueron modificadas por ley y, en el concesionario dejó de tener la obligación de entregar elementos y bienes afectos a la concesión, los cuales tienen un gran valor económico y a cuya reversión contractualmente tenía derecho el Ministerio de Comunicaciones. Por este hecho legislativo se rompió el equilibrio económico del contrato siendo afectada la ecuación financiera del mismo en perjuicio del Ministerio de Comunicaciones, puesto que se le priva del derecho a recibir tales bienes. Es decir que por este hecho se mejoraron las condiciones económicas del contratista concesionario, en cifra igual al valor de tales elementos, bienes y equipos con el correlativo detrimento del patrimonio del Ministerio concedente en sumas iguales.”*⁸⁸(Se subraya, la frase entre paréntesis no es del texto)

Y en los fundamentos de derecho se expresó:

“Pero la ley 422 del 13 de enero de 1998, que modificó parcialmente la ley 37 de 1993, impide la aplicación de la cláusula contractual, en efecto, el artículo 4 de la ley 422 antes transcrito, dispuso que en los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones –entre ellos la telefonía móvil celular- la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial. Con esta disposición el legislador privó al Ministerio de Comunicaciones de la posibilidad jurídica –derivada del pacto contractual-

⁸⁷ Folio 353 del Cuaderno de Pruebas No. 13.

⁸⁸ Folio 97 vuelto del cuaderno de pruebas No. 12 y folio 354 del cuaderno de pruebas No. 13.

de acceder a la propiedad de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio.⁸⁹(Se subraya).

De esta manera, la apoderada de la Nación afirmó en los actos de demanda de reconvencción que realizó a nombre de aquella, que la Ley 422 de 1998 eliminó la obligación de reversión de bienes y elementos afectos a la prestación del servicio pactada en los contratos.

Es pertinente aclarar que la manifestación de la apoderada de la Nación no podía ser tomada como confesión, a la luz del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, norma vigente en la época, por lo que la misma sólo puede tomarse en consideración como una manifestación de un apoderado de la Nación que entendía que la Ley 422 de 1998 había eliminado la reversión de bienes y elementos.

La manifestación del Ministerio, en el contexto de un litigio sobre costos, no corresponde estrictamente a una aplicación práctica de la cláusula de reversión hecha por una parte con la aprobación de la otra, que es a lo que se refiere el artículo 1622 del Código Civil. En efecto, esta manifestación no se refiere a cumplir o no con la estipulada transferencia de los bienes y elementos directamente afectos a la concesión, sin compensación alguna, que opera en el momento de terminación de la reversión y no antes.

En todo caso, para los efectos de este litigio, observa el Tribunal que esa afirmación tiene relación directa con una cuestión de puro derecho que, para efectos de este fallo, impone la aplicación de dos leyes, una de ellas anterior a la fecha del laudo de dicho proceso contra Ocel y la otra posterior, cuyo alcance fue definido por la Corte Constitucional en la forma que se señalará más adelante, en la sentencia C-555 de 2013, estableciendo básicamente que la interpretación de la apoderada del Ministerio no se ajusta al criterio de la Corte.

Pero aun si se considerara que las afirmaciones a que se ha hecho referencia deben considerarse como una manifestación de una de las partes en la ejecución del contrato, es pertinente destacar que en materia de interpretación de los contratos, uno de los criterios que adopta el Código Civil para determinar el sentido de los mismos es la ejecución del contrato por las dos partes o por una parte con el consentimiento de la otra (artículo 1622). Ahora bien, la doctrina ha señalado que en estos casos debe tenerse en consideración si se actúa por error. Así Don Luis Claro Solar precisa *“La ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio.”*⁹⁰(Se subraya)

⁸⁹folio 98 del cuaderno de pruebas No. 12 para Ocel. folio 355 del Cuaderno de Pruebas No. 13 para Comcel

⁹⁰ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1979. Tomo duodécimo, página 20.

Igualmente Christian J. Santoro⁹¹ señala que la regla consagrada en el artículo 1564 del Código Civil Chileno (equivalente al 1622 del Código Civil Colombiano), no se aplica cuando “*no hay voluntad de aprobar o esta se encuentra viciada*” como es “*En caso de «error», es decir, cuando la aplicación práctica del contrato es el resultado de un mal entendido sobre la extensión del deber de prestación*”⁹² o “*En caso de falta de atención, es decir, cuando la aplicación práctica del contrato ha tenido lugar por inadvertencia de uno de los contratantes.*”

En este caso, el Ministerio no persistió en la tesis de su apoderada, pues no existió ninguna demanda posterior que se fundara en el desequilibrio por la desaparición de la obligación de reversión. Además, la sentencia C-555 de la Corte Constitucional al establecer la interpretación que habría de darse a la Ley 422, determinó que la manifestación de la citada apoderada era errónea.

El testigo Isaac Alfonso Devis, quien era director jurídico de Comcel para la época, expresó:

“Todo eso (se refiere a la reforma tributaria) conllevó a que esos tres operadores de la banda demandaran al Ministerio; por su parte, el Ministerio, dentro de su defensa jurídica consideró que con la expedición de la Ley 422 del 98, de la que hemos venido hablando ahorita reiteradamente, se había causado un desequilibrio económico contractual en contra del Estado; una tesis simpática, difícil y presentó demanda de reconvenición.

(...)

*“Frente al auto hecho del príncipe, el Tribunal consideró que eso no era posible que el mismo Estado se quejara de una ley que el mismo Estado había producido y tratara y sacar partido de ello y tampoco le dio la razón al Ministerio, terminó en tablas; pero el Ministerio obviamente trató de sacar partido de la expedición de la Ley 422 en su demanda de reconvenición, claro que sí, lo recuerdo porque es que trabajamos muy estrechamente el tema como director jurídico era una de mis responsabilidades principales.”⁹³
(Se subraya)*

Debe señalarse en relación con la declaración del doctor Devis y la manifestación que frente a la misma se hizo por el apoderado de la Nación, que dicha declaración es tomada en cuenta en la medida en que concuerda con los documentos que obran en el proceso a los que se ha hecho referencia. Se señala también que en la valoración del testimonio, el Tribunal ha tenido en cuenta las manifestaciones de la Convocante, sin que se observe que la vinculación del testigo con la Convocada afecte el contenido de su declaración.

Adicionalmente, en relación con lo que ocurrió en el momento de la prórroga, debe

⁹¹ En la Interpretación del Contrato en el Derecho Chileno. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Editora Jurídica Grijley, Rubinzal Culzoni Editores y Universidad Externado de Colombia. Perú 2007, Tomo II, página 1323.

⁹² A tal efecto cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

⁹³ Folio 154 del Cuaderno de Pruebas No. 27.

observarse que el testigo Camilo Valencia Suescún, quien manifestó haber sido asesor de todas las partes en este proceso, al ser preguntado en relación con la prórroga de los contratos de concesión y si en esa época había habido alguna discusión en torno a la reversión expresó:

“SR. VALENCIA: Que yo me acuerde absolutamente ninguna discusión a ese respecto.

“DR. CÁRDENAS: ¿Y, por qué no había inquietud sobre ese punto, recuerda usted si había alguna razón en ese momento que no hubiera inquietud sobre ese punto?

“SR. VALENCIA: No había inquietud en ese punto ni entre el Ministerio con los operadores ni con nadie, básicamente en razón de lo que señalaba la Ley 422 que había dicho, digamos en forma ciertamente anti técnica pero había dicho que la reversión en los contratos solo implicaría las frecuencias, las discusiones sobre ese punto se limitaban y más académicamente a señalar la impropiedad de utilizar la figura de la reversión para un bien que nunca había salido de la titularidad del Estado pero no para discutir a quien era aplicable ese artículo, ni cuál era su alcance ni nada por el estilo, eso fue en lo que a mí me consta y estoy en esto desde el 99, pues era pacífico, no había discusiones a ese respecto por lo menos que yo recuerde.

“En el momento del otorgamiento de la prórroga ese no fue un tema que surgiera ni de parte de ellos ni de parte del gobierno ni de parte de nadie, mucho menos cuando, como les he señalado ya estaba pactada y ya estaba pagada, es decir, a mí me parecía una situación un poquito sui generis pero esa era en la que estábamos y entonces el concedente, si el Ministerio hubiera dicho, sabe qué, supongamos, no nos parece que haya que, no es bueno para el interés público conceder esta prórroga entonces habría que devolver la plata que ya habían pagado con la indexación, es decir, era un lío, eso restringía el margen de cualquier concedente en condiciones normales en donde la prórroga y su valor está por darse, aquí ya se había hecho eso desde el 97.

“De hecho, desde el momento en que se expide la Ley, año 98, hasta el 2002 que es cuando yo entro al tema tampoco hubo ninguna iniciativa de las partes, por lo menos que a mí me conste para ejecutar o no, o para llevar eso al contrato o no, todo el mundo asumió, bueno esto es así y todos sabían que era a ese momento de público conocimiento, si uno pudiera utilizar ese término que para el momento en que se expide la ley los únicos concesionarios a los cuales le sería aplicable era a los operadores móviles celulares y de hecho si uno revisa los antecedentes legislativos encuentra que la propuesta del Artículo 4 se predicaba específicamente a los celulares y que después, tal vez para segundo debate o tercer debate, dijeron, no, no, eso es cierto pero no para los celulares para todos entonces ya quedó en general. Eso le puedo decir respecto de ese punto que nada se discutió (...)”

De igual manera dijo el testigo:

“DR. ESGUERRA: Le preguntó hace unos minutos el señor Presidente respecto de su entendimiento al momento de la firma de la prórroga respecto del alcance que tenían algunas de sus estipulaciones. Yo quiero volver sobre lo mismo, el entendimiento del Ministerio con ocasión de la prórroga y de la firma de la misma de los contratos de concesión de tecnología móvil celular, era el de que a ellos se les aplicaba la Ley 422 de 1998 o no.

“SR. VALENCIA: Sí, yo creo que el entendimiento era que a ellos se les aplicaba, a ver, yo creo, que mi entendimiento era ese, yo quiero repetir, ese tema nunca fue objeto de debate, en consecuencia para mi entendimiento, mi entendimiento como un asesor del Ministerio era ese, mi entendimiento, es lo que le puedo yo decir.

“DR. ESGUERRA: Entonces, ¿alguien en el Ministerio, en ese mismo escenario tenía que usted recuerde, un entendimiento distinto y expresó un entendimiento distinto?

“SR. VALENCIA: No, que yo recuerde no, ese tema no se discutió sobre si aplicaba o no aplicaba a los operadores, no recuerdo que se hubiera discutido, en consecuencia no recuerdo que alguien hubiera mencionado eso, usted me lo pregunta pero yo creo que ese era mi entendimiento en ese momento, el tema de la ley era, como lo he sostenido, era como pacífico.

(...)

“DR. SUÁREZ: Para fines de aclaración, le ha contestado usted al doctor Juan Carlos Esguerra, cuál era su entendimiento, sobre su entendimiento personal sobre la aplicación de la Ley 422. Yo quiero preguntarle, ¿si ese era el entendimiento del Ministerio en su conjunto y con base en qué podría usted afirmar que era así?

“SR. VALENCIA: No, no, yo no puedo decir, digamos no hubo nunca una posición institucional expresa o pública sobre esa materia, precisamente o tal vez porque ese tema nunca fue objeto de controversia entre las partes, en consecuencia yo no puedo señalar que a mí me consta que el entendimiento del Ministerio era uno o el otro, lo que yo puedo señalarle es, ese era mi entendimiento y que el tema nunca se discutió porque se entendía que una ley que fue hecha en un momento en que los únicos operadores eran estos, pues les aplicaba, pero ese era mi entendimiento, no puedo afirmar que institucionalmente el Ministerio hubiera expresado que ese era su entendimiento, en ningún momento.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

Como se puede apreciar, el testigo Valencia señaló que al momento de la prórroga no existió ninguna discusión sobre la reversión pactada en razón de la Ley 422 de

1998, y que su propio entendimiento era que la mencionada ley era aplicable, pero al mismo tiempo precisó que no existió tampoco una manifestación acerca de la posición institucional del Ministerio.

Han llamado la atención las Convocadas, también en función del artículo 1622 del Código Civil que la reversión se circunscribe a la porción asignada del espectro radioeléctrico, que, con ocasión de la fusión de Colombia Telecomunicaciones S.A. con Telefónica, la Corporación Financiera que recibió *“por conducto del Ministerio de Hacienda”*, que, debe señalarse, es distinto del Ministerio, el encargo de valorar a Colombia Telecomunicaciones, no contempló la reversión de bienes distintos de las frecuencias; la cual *“brilla por su ausencia”* en el correspondiente documento Conpes de 2012 (Telefónica, Alegato, p. 13 - 14). Comcel añade a ese respecto, como ya se señaló, que *“No sobra aclarar que la importancia de ese hecho radica en que el documento CONPES es un documento del Estado y que COLTEL cuenta con una importante participación de capital estatal, de lo que se desprende de que dicho documento es otro acto público en el cual el Estado expresó su entendimiento de los alcances de la cláusula de reversión y que sólo hasta ahora busca modificar diametralmente.”* (Alegato, p. 63 - 64).

Sobre el particular estima el Tribunal que aquí se acude en forma reiterada a una referencia genérica al “Estado” colombiano, cuando el contexto de este proceso circunscribe la controversia fáctica y jurídica a un contrato celebrado con el Ministerio; y en esta cuestión en particular a conductas de las partes contratantes, que en este caso es la Nación a través del Ministerio. El Tribunal repara en que el invocado artículo 1622 del Código Civil precisa, en forma acorde con el efecto relativo o inter partes, que es propio de los contratos, principio consagrado en la legislación vigente en forma expresa (C.C., art. 1495, C.Co., art. 864), que las conductas con eficacia interpretativa tienen que ser de ambas partes o de una de ellas con aprobación de la otra; y que, las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse por las de otro contrato, sí, pero otra vez, *“entre las mismas partes y sobre la misma materia”*. Y como se dice en el inciso segundo de dicho artículo, salta a la vista que ni el documento CONPES, ni la fusión en comento pueden servir de base para afirmar que existe una conducta interpretativa que infirme el alcance pactado en la cláusula. La fusión es una operación contractual, sí, pero de naturaleza societaria, que en esencia se regula como una reforma estatutaria, es decir del contrato social, que involucra al menos dos sociedades comerciales (C.Co., arts. 172 y ss.), muy distinta entonces de un contrato de concesión; y además el documento CONPES no es atribuible al Ministerio.

Según se indicó, Comcel afirma que entre 1994 y 1998 toda la actuación del Estado *“(…) se enfocaba hacia la búsqueda de claridad en el sentido de que la obligación de revertir abarca exclusivamente el espectro radioeléctrico”* (Alegato, p. 54), aduciendo, en apoyo de dicha afirmación, apartes de la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios; de la Resolución 28 de 1995, sobre la concesión para operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional; de la Ley 182 de 1995, sobre el servicio de televisión; del Decreto 2343 de 1996, sobre actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado; del Decreto 2542 de 1997, sobre operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia; y del Decreto 556 de 1998, sobre

servicio portador. Ello lo lleva a sostener que *“Dicha conducta del Estado, pero particularmente del MINTIC como contraparte, evidencia una actuación que debe ser tomada en cuenta al momento de interpretar la cláusula, por cuanto, si el MINTIC quería darle un tratamiento diferente a la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, del que le estaba dando a todas las demás actividades en telecomunicaciones y considerando que los operadores realizaban actuaciones positivas y públicas en las que manifestaban su comprensión de los alcances de la cláusula, debía habérselo hecho saber a los operadores, lo cual nunca sucedió”* (Alegato, p. 56).

Debe llamar la atención el Tribunal otra vez acerca de la forma en que Comcel hace una referencia genérica al “Estado” colombiano, perdiendo de vista que el contexto de este proceso circunscribe la controversia fáctica y jurídica a un contrato de concesión de un determinado servicio público celebrado con el Ministerio, no, por ejemplo, con el Congreso de la República, que forma parte del Estado, claro, y que expidió leyes como las que menciona sobre servicios públicos domiciliarios, y la telefonía móvil celular no tienen ese carácter, o sobre televisión, que tampoco viene al caso. Además, como ya se señaló, las leyes que son interpretativas, que no es el caso ni de la 422 ni de la 1341 en este punto, lo son de otras leyes y no de contratos.

Para efectos de interpretar un contrato con base en el artículo 1622 del Código, como ya se dijo, los hechos aquí invocados tendrían que ser de ambas partes, o de una con la aprobación de la otra, y en todo caso versar sobre “la misma materia” del contrato objeto del litigio; y ello no sucede con la relación de hechos referidos para describir ese “enfoque” que le atribuye a todo el Estado colombiano en busca de aclarar en varias materias el alcance de la reversión.

De la prueba a la que se ha hecho referencia se puede concluir que existió una conducta por parte de la mayoría de los concesionarios, que consistió en que no incluyeron en sus estados financieros notas sobre la reversión y que inclusive indicaron en información pública que la reversión había sido eliminada por la Ley 422 de 1998. Así mismo se observa una conducta por parte de la Nación, en los procesos adelantados contra ella por Comcel y Ocel, que partió del mismo supuesto de que la ley había eliminado la reversión de bienes y elementos afectos al servicio.

Ahora bien, como ya se dijo, a la luz de la sentencia C-555, que tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, hay que concluir que la Ley 422 de 1998 no modificó la cláusula contractual. En esta medida la conducta que se observó por las partes, o el entendimiento que pudieron tener en torno a la desaparición de la reversión no corresponde entonces a la realidad jurídica de conformidad con la sentencia ya mencionada y a la que debe atenderse este Tribunal.

Pero aun si no se tuviera en cuenta la sentencia de la Corte y se partiera del análisis del Tribunal, en el sentido que la Ley 422 no podía ser aplicable a este caso por virtud de las reglas que rigen la aplicación de la ley en el tiempo a los contratos, es claro que la conducta de las partes tampoco puede conducir a concluir que la cláusula de reversión consensuada desapareció.

A este respecto es pertinente recordar que la conducta de las partes durante la ejecución de un contrato puede tener diferentes significados. En efecto, dicha conducta puede tener por objeto precisar o interpretar el sentido de las estipulaciones contractuales, o por el contrario, puede expresar la voluntad de apartarse de determinadas estipulaciones del contrato.

Desde esta perspectiva es claro que, de la misma manera que la Corte Constitucional lo ha señalado para calificar una ley interpretativa, para que una conducta pueda considerarse simplemente interpretación de una cláusula contractual, la misma debe corresponder a uno de los significados posibles de la estipulación contractual, porque si no es así, la conducta que se asume constituye realmente una modificación. Es por eso que en el varias veces mencionado inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil se prevé la posibilidad de interpretar las cláusulas de un contrato por la “aplicación” práctica que hayan hecho de “ellas” las partes, o una con la aprobación de la otra. Y conviene destacar que se trata de “ellas”, es decir, de las cláusulas pactadas por los contratantes, y que su “aplicación” supone mantener su sentido y alcance, pues si se trata de una modificación, las cláusulas (“ellas”) dejan de aplicarse como fueron pactadas, y cualquier interpretación a partir del cambio así consentido debe ceñirse a su nuevo sentido y alcance.

En el presente caso es diáfano que las manifestaciones a las que se ha hecho referencia, en virtud de las cuales la reversión sólo se refiere al espectro, no corresponden a una interpretación posible del texto de la cláusula, dado que la misma se refiere a bienes y elementos que son propiedad del concesionario y por ello pasan a la Nación, condiciones que no son predicables del espectro, que no puede calificarse de “bienes” o “elementos” en plural, y que siempre es de propiedad del Estado y por ello respecto del mismo no cabe hablar de una transferencia por el Concesionario a la Nación. Por consiguiente, tales conductas no podrían considerarse una interpretación del contrato, sino una modificación del mismo.

Desde este punto de vista, si tales conductas se consideran una modificación del contrato estatal, ha de recordarse que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, éste se caracteriza por ser solemne, razón por la cual una alteración de las obligaciones pactadas en el contrato debe igualmente constar por escrito. Lo anterior, además, porque una modificación del contrato puede afectar la estructura de la relación obligatoria del acuerdo y afectar principios esenciales de la contratación estatal, como son la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación.

En efecto, si se aceptara que la sola conducta de las partes puede alterar obligaciones fundamentales del contrato estatal, se afectaría el principio de la transparencia y la selección objetiva, pues podría conducir a que el contrato que termina ejecutándose no sea aquél que se previó celebrar cuando se inició el proceso de selección, ni cuando se hicieron los cálculos y estructuración de los modelos financieros y presupuestales. Así las cosas, dicha conducta puede alterar obligaciones que tienen consecuencias trascendentales desde el punto de vista del equilibrio del contrato, y afectar entonces principios como el de la planeación y estructuración del contrato.

En este punto ha de observarse que es evidente que una vez celebrado el contrato estatal puede ser necesario ajustarlo a los cambios que se producen en el entorno en que se desarrolla. A este respecto ha dicho la Corte Constitucional⁹⁴ que *“Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato”*. Así mismo ha dicho la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado que *“la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo”*⁹⁵ e igualmente ha precisado que *“al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas”*, por lo que *“la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público”*⁹⁶. Pero igualmente ha precisado la Corte Constitucional que *“el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que **la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.**”*⁹⁷

Por consiguiente, los cambios que se introduzcan en un contrato estatal deben ser producto de un acuerdo de voluntades con la administración, expresado en la forma prevista por la ley y con el cumplimiento de los principios de la función pública.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:

*“De conformidad con las normas transcritas, respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero.”*⁹⁸ (Se subraya)

⁹⁴ Sentencia C-300 de 2012.

⁹⁵ Concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952.

⁹⁶ Concepto ya citado.

⁹⁷ Sentencia C-300 de 2012.

⁹⁸ Consejo de Estado-Sección Tercera, providencia del 18 de febrero de 2010, radicado 8300123310000403-01

No sobra recordar que, en armonía con lo anterior, la cláusula trigésima séptima de los contratos de concesión dispuso:

“CLAUSULA TRIGESIMA SEPTIMA. - DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Hacen parte del presente contrato de concesión, el Pliego de Condiciones con sus adendos, la propuesta del CONCESIONARIO, incluyendo todos sus anexos, los reglamentos que en relación con el servicio y con las redes expida el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, los planes mínimos de expansión del servicio y de las redes presentados por el CONCESIONARIO, la Resolución del Ministro de Comunicaciones adjudicando la licitación, los acuerdos escritos que celebren las partes y los contratos de garantía que se celebren en desarrollo del presente contrato (art. 42 del Decreto 741 de 1993).” (Se subraya)

De esta manera, por voluntad de las partes, sólo pueden integrarse al clausulado del contrato los acuerdos perfeccionados por escrito.

En esta medida considera el Tribunal que lo que dispuso la Ley 422 no implicó una modificación del contrato celebrado, y la conducta de las partes – en los aspectos que se han señalado- de la que se quiso concluir que aparentemente se asumió que ya no existía una obligación de revertir bienes y elementos afectados a la prestación del servicio, no tenía la virtud de cambiar las reglas del contrato.

Ahora bien, las Demandadas igualmente han planteado que el contrato fue modificado por las partes con posterioridad a la Ley 422 de 1998 y que por ello a partir de dicha modificación debe entenderse aplicable esta ley. A tal efecto se hace referencia a la reforma del contrato efectuada en 2002, cuando se acordó: *“modificar la cláusula novena de los contratos sobre tecnología y equipo para indicar que el concesionario podrá utilizar el estándar tecnológico de su elección, siempre y cuando cumpla con el pliego de condiciones. El equipo empleado para la construcción de la red debe ser nuevo, de la última versión tecnológica comercializada por los fabricantes, ofreciendo posibilidad de migración a nuevas tecnologías”.*

Así mismo, se señala que en el 2004⁹⁹ se prorrogaron los contratos para lo cual se dispuso que el término de duración de dicha prórroga sería de 10 años contados a partir del 29 de marzo de 2004 hasta el 28 de marzo del 2014. A este respecto se advierte que con la prórroga celebrada de común acuerdo por las partes se modificaron, no sólo los plazos de duración del contrato sino, de igual forma, una serie de obligaciones que resultaban fundamentales para el cumplimiento del objeto de la concesión, como son por ejemplo: (i) la modificación de las Cláusulas Vigésimas Séptimas de los Contratos relativas a la garantía única, (ii) la modificación de las Cláusulas Trigésimas Cuarta en relación con la cláusula penal pecuniaria, y (iii) la inclusión de un anexo técnico a los Contratos por virtud de la cláusula séptima de la prórroga que obligaba a adoptar valores objetivos de los indicadores para medir la *“probabilidad de Bloqueo de Circuitos o Canales entre*

⁹⁹ Vid. Fl. 380 del cuaderno de pruebas No. 2.

RTPC y RTMC o RPS” y la “*probabilidad de Bloqueo de Radio Canales*”, se exigió contar con un plan de mantenimiento, mediciones de cobertura y presentar informes trimestrales, entre otras obligaciones.

Por lo anterior se señala que, de acuerdo con la jurisprudencia, las normas vigentes al momento de la prórroga se incorporan a los contratos.

Al respecto considera el Tribunal lo siguiente:

Si bien de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con las dos excepciones que establece dicho precepto, ha existido discusión acerca de la ley aplicable en los casos de modificaciones, adiciones o prórroga de los contratos estatales.

En este punto han existido dos tesis principales. La primera ha sostenido que la reforma o adición de los contratos en tanto nuevo acuerdo de voluntades se sujeta a la ley vigente cuando se celebra, y la segunda considera que la reforma o adición, en la medida en que es parte del mismo contrato, se sujeta a la misma ley que el contrato que se adiciona.

La primera tesis la adoptó la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 17 de mayo de 1994 (Radicación 601) en el cual dijo:

*“Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya celebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas contractuales y ‘las Leyes vigentes al tiempo de su celebración’, las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación: si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones, reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación. La mejor prueba de ello consiste en verificar que las prórrogas, reformas o adiciones de los contratos se pueden convenir o no, sin que ellos pierdan su propia entidad; lo que permite concluir que las reformas y adiciones son sobrevinientes o posteriores al contrato original.”*¹⁰⁰ (Se subraya)

En un sentido semejante, la Corte Constitucional en sentencia C-350 de 1997, al declarar exequible el artículo 10 de la Ley 336 de 1995, que establecía que los contratos de concesión de espacios de televisión pública eran improrrogables, cuando la norma anterior señalaba que eran prorrogables, dijo:

“De otra parte, las prórrogas, ha dicho el Consejo de Estado, implican un nuevo acuerdo de voluntades. Ellas son sobrevinientes o posteriores al

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, C.P. Jaime Betancur Cuartas.

contrato original; por ello en el evento de que se expida una nueva legislación a ellas no le son aplicables, como lo afirman algunos de los actores, las disposiciones de los artículos 38 de la ley 153 de 1887 y 78 de la ley 80 de 1993, que garantizan que los contratos se rigen por las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”

Por el contrario, la segunda tesis fue adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en decisión del 2 de septiembre de 2004, Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4029-01 (14578), y reiterada en sentencia del 28 de junio de 2012 (Radicación número: 13001233100019960123301 (21990)), señalando que las adiciones o modificaciones de un contrato se sujetan a la ley aplicable al mismo.

En la primera sentencia el Consejo de Estado expresó:

“Pero en este caso surge el interrogante ¿qué pasa con los contratos adicionales suscritos en vigencia de la ley 80 de 1993 pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983? ¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato?.

“La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

“Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó. Es bueno destacar que el artículo 38 de la ley 153 de 1887 exceptúa a la regla relativa a que en “todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” salvo:

*“a) Las leyes concernientes **al modo de reclamar en juicio** los derechos que resultaren del contrato, y*

*“b) **Las que señalan penas para el caso de la infracción de lo estipulado**; la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”*

Así mismo, en sentencia C-300 de 2012 la Corte Constitucional estudió si era

procedente examinar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que el mismo había sido derogado por la Ley 1508, y a tal efecto señaló:

“2.2.2.1 Tal como sostiene uno de los intervinientes, por mandato expreso de varias disposiciones de orden legal, en armonía con los principios de buena fe y seguridad jurídica, los contratos de concesión de obra pública perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 se deben seguir rigiendo por la ley vigente al momento de su celebración. En efecto, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, mientras el inciso segundo del artículo 2 de la ley 1508 señala: “Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”. Estas disposiciones buscan proteger la confianza legítima de quienes celebran acuerdos de voluntades al amparo de ciertas reglas, es decir, la confianza en que las condiciones que previeron no se alterarían en perjuicio del equilibrio de cargas acordado, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento de las relaciones económicas y que por ello es amparado por la Carta Política.

“2.2.2.2 Como consecuencia de la regla anterior, la Sala encuentra que existe al menos una hipótesis en la que el precepto acusado continúa proyectando sus efectos dentro del ordenamiento: el caso de las adiciones y prórrogas que se hayan celebrado o se celebren después de la entrada en vigencia de la ley 1508, en el marco de contratos concesión de obra pública suscritos al amparo del artículo 28 de la ley 1150”. (Se subraya)

Señaló la Corte que existen diferentes posiciones en torno a si las adiciones y prórrogas de los contratos estatales son parte del contrato principal o representan en realidad nuevos negocios jurídicos y concluye:

“2.2.2.2.4 En consecuencia, en criterio de la Sala, al menos en el marco de los contratos estatales de concesión de obra pública celebrados en vigencia del artículo 28 de la ley 1150, sí es posible celebrar adiciones que versen sobre nuevas obras “directamente relacionadas con el objeto del concesionario” o para “la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos”. Tales adiciones no representan, en principio, un nuevo contrato sino modificaciones del contrato original. Estas adiciones que se hayan celebrado o se lleguen a celebrar en estos términos después de la entrada en vigencia de la ley 1250, en tanto no son nuevos contratos, se siguen rigiendo por el artículo acusado. Estas hipótesis facultan entonces a la Corte para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición censurada.” (Se subraya)

Como se puede apreciar, en esta materia existen dos tesis que han sido aplicadas por la Corte Constitucional en fallos de constitucionalidad y que igualmente han sido seguidas bien por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, bien por la Sección Tercera de la misma Corporación.

Ahora bien, si se examina la situación a la luz de cualquiera de las dos tesis expuestas, es claro que el argumento de las Demandadas no está llamado a prosperar.

En efecto, si se adopta la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional, habrá que concluir que el contrato de concesión durante su prórroga continuó sujeto a la norma legal bajo la cual se celebró, esto es, la Ley 37 y la Ley 80 de 1993, por lo cual no es aplicable la Ley 422 de 1998.

Si se adopta la opinión que planteó el Consejo de Estado en su concepto de mayo de 1994 y la sentencia C-350 de 1997 de la Corte Constitucional, la solución no cambia. En efecto, si se acepta que cuando las partes acuerdan una prórroga a un contrato expresan la voluntad de celebrar un contrato que por lo mismo queda sujeta a la ley vigente cuando ella se manifiesta, ello implica en todo caso reconocer que la voluntad puede expresarse libremente dentro de los límites que establezca la nueva ley. Por consiguiente, si bajo la ley anterior es posible celebrar un determinado pacto, y así lo hacen las partes, y bajo la nueva ley es igualmente válido el pacto, dicha estipulación se mantiene vigente, como corresponde al alcance natural y obvio de las prórrogas, salvo que las partes estipularan otra cosa.

Es este el caso respecto de los contratos que se analizan. En efecto, bajo la vigencia de la Ley 37 y la Ley 80 de 1993 se celebraron sendos contratos de concesión y en ellos se incluyó la cláusula consensuada de reversión. Ahora bien, dicha estipulación es igualmente válida bajo la Ley 422 de 1998, en la medida en que dicha ley determina qué implica la reversión, pero no excluye que las partes establezcan que los activos y elementos afectados a la prestación del servicio deben pasar a la propiedad estatal al terminar el contrato. En efecto, la norma en su redacción no es imperativa en el sentido que prohíba pactar que bienes y elementos afectados a la prestación del servicio pasen a la Nación, y una estipulación con el contenido que se ha indicado no afectaría el orden público y las buenas costumbres.

Desde esta perspectiva debe observarse que al modificar la cláusula de duración del contrato el 30 de enero de 1997 las partes estipularon en lo pertinente lo siguiente ¹⁰¹:

“CLÁUSULA SEGUNDA- DURACIÓN.- El término inicial de duración de la concesión objeto de este contrato es de diez (10) años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento del mismo. PARÁGRAFO 1o.- PRÓRROGA. La concesión se prorrogará automáticamente por otro período de diez (10) años, sin que para ello se requieran autorizaciones o actos adicionales....La prórroga se regirá por las mismas condiciones previstas en el contrato inicial, salvo aquellas cuyo cumplimiento deba darse durante el término inicial de duración de la concesión...” (Se subraya)

¹⁰¹ Folios 375, 429 y 480 del Cuaderno de Pruebas No. 2 y folios 212, 264 y 330 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

Así mismo, al prorrogar los contratos las partes estipularon¹⁰²:

“CLAUSULA OCTAVA. - Salvo lo dispuesto en el presente documento, y los contratos modificatorios suscritos, las demás cláusulas del contrato de concesión No. ... del 28 de marzo de 1994 se encuentran plenamente vigentes.” (Se subraya)

De este modo, ni en el documento por el cual se acordó la prórroga, ni en aquél en que ella se formalizó, se alteró la cláusula que contempla la reversión consensuada en el contrato original. Igual ocurrió con las otras modificaciones a los contratos de concesión pactadas por las partes.

Así ocurrió con la modificación acordada en el 2002, en la cual se dijo:

“Cláusula Quinta. Salvo lo dispuesto en el presente contrato de modificación y en los contratos suscritos el 13 de abril de 1994, el 28 de agosto de 1995 y el 30 de enero de 1997, las demás cláusulas del contrato de concesión No. ... del 28 de marzo se encuentran plenamente vigentes.”¹⁰³ (Se subraya)

Igual sucedió con la modificación realizada el 30 de diciembre de 2004 en cuya cláusula octava se expresó:

“CLAUSULA OCTAVA. VIGENCIA DE LAS CLAUSULAS. Salvo lo dispuesto en el presente Otrosí, las demás estipulaciones del contrato de concesión No. ... del 28 de marzo de 1994 y sus modificaciones se encuentran plenamente vigentes.”¹⁰⁴ (Se subraya)

También acontece lo mismo con la modificación de 2005 en la cual se expresa en la cláusula segunda:

“CLAUSULA SEGUNDA. VIGENCIA DE LAS CLAUSULAS. Salvo lo dispuesto en la presente modificación, las demás estipulaciones del contrato de concesión No. ... del 28 de marzo de 1994 y sus modificaciones contempladas en el literal D) de la presente modificación se encuentran plenamente vigentes.”¹⁰⁵ (Se subraya)

La misma situación se produce incluso en el 2009, pues en la modificación que se celebra en dicho año se establece:

CLAUSULA TERCERA. VIGENCIA DE LAS CLAUSULAS. Salvo las modificaciones dispuestas en el presente acto y a que hacen referencia las

¹⁰² Folios 386, 445, 491 del Cuaderno de Pruebas No. 2 y 232, 282 y 345 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

¹⁰³ Folios 379, vuelto, 438, vuelto, y 484 vuelto del Cuaderno de Pruebas No 2 y 220, 271 y 337 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

¹⁰⁴ Folios 223 vuelto, 304 y 367 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

¹⁰⁵ Folios 407, 462, vuelto, 509, vuelto, del Cuaderno de Pruebas No 2 y 311, 345 y 374 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

cláusulas precedentes las demás estipulaciones de los contratos de concesión No. ... permanecen vigentes.¹⁰⁶ (Se subraya)

Vale la pena destacar que dada la importancia de la cláusula de reversión, que además inicialmente había generado rechazo por las concesionarias, y que ellas consideraban modificada por la ley, era apenas razonable esperar que al prorrogar el contrato, o al modificarlo, expresamente dejaran claro que, en su sentir, que no deja de ser unilateral, dicha cláusula no se mantenía vigente en la forma como constaba en el mismo.

Todo lo anterior conduce a concluir que a pesar de la Ley 422 de 1998 y la conducta de las partes, la cláusula de reversión consensuada se mantuvo vigente.

2.3.4.1 Los bienes llamados a revertir

Como tantas veces se ha mencionado, la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión dispone que pasan a ser propiedad de la Nación- Ministerio de Comunicaciones “*los elementos y bienes directamente afectados a la misma*”, esto es, a la concesión del servicio de telefonía móvil celular.

La expresión afectar significa, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, entre otras cosas, “*10. tr. Der. Destinar bienes o derechos a un uso o servicio público*”. Por consiguiente los bienes a que se refiere la cláusula contractual son aquellos que se destinan al servicio público de telefonía móvil celular que fue concesionado.

Adicionalmente, la cláusula en mención señala que la afectación debe ser directa, y esta última palabra significa, según el mismo Diccionario, “*2. adj. Que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios*”. Lo anterior implica que los bienes que son materia de reversión son aquellos que, en sí mismos, permiten que el servicio de TMC vaya de una parte a otra, cumpliendo con la finalidad del servicio concesionado.

Desde esta perspectiva, sobre el particular ha dicho el perito que “*para prestar el servicio de Telefonía Móvil Celular entre usuarios móviles y entre un usuario móvil y un usuario de telefonía fija se requiere una red de Telefonía Móvil Celular que proporcione en sí misma la capacidad completa para la comunicación telefónica compuesta por los subsistemas de Acceso, Transmisión, Core y el de Operación y Mantenimiento, incluyendo la infraestructura pasiva de cada subsistema (-). Por lo tanto, con base en el contenido de la Cláusula Primera.-OBJETO del Contrato de Concesión, se concluye que los elementos y la infraestructura a que se hace referencia corresponden en su totalidad a los Subsistemas de Acceso Transmisión, Core y el de Operación y Mantenimiento, conforme con lo solicitado en los pliegos de condiciones y lo presentado en la oferta*”.

Esa es la situación fáctica que, con apoyo en la prueba técnica, contable y financiera, corresponde subsumir bajo la previsión contractual en cuestión, teniendo

¹⁰⁶ Folios 250, 313 y 376 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

en cuenta que al responder las aclaraciones pedidas en torno a su dictamen, el perito técnico indicó que la TMC es una especie de Teleservicio, clase de servicio de telecomunicación básico que se distingue de los Telemáticos y de Valor Agregado, y que, igualmente, indicó cuáles fueron las asignaciones de espectro que recibió cada operador para la prestación de servicios de telefonía móvil celular durante la vigencia de las concesiones, excluyendo las asignadas en septiembre de 2013 para proveer servicios móviles terrestres en tecnología 4G¹⁰⁷.

De esta manera, para el Tribunal, la afectación directa existe cuando, desde un punto de vista técnico, se puede establecer que entre el elemento o bien respectivo y el conjunto o “red”, exista una relación que haga que su inclusión tenga su explicación necesaria y suficiente en que se obtenga dicha capacidad de prestación de conformidad con las exigencias contractuales y legales asumidas por el concesionario durante la vigencia de la concesión el servicio que se comprometió a prestar.

2.3.4.2 La fecha que debe tomarse para determinar los activos a revertir.

De lo expuesto con anterioridad fluye con claridad que la fecha que debe tomarse para determinar los activos a revertir, debe ser la de terminación de los Contratos de Concesión, esto es, el 28 de noviembre de 2013, por cuanto de conformidad con la cláusula contractual la reversión debía producirse “*Al finalizar el término de la concesión*”.

Será entonces esta fecha la que tomará en consideración el Tribunal para determinar las consecuencias de la cláusula.

2.3.4.3 La incidencia del Plan Mínimo de Expansión y el plan de cobertura de vías.

Las Demandadas han señalado que la reversión debe entenderse limitada al Plan Mínimo de Expansión y el Plan de Cobertura de Vías, dado que los mismos constituían el objeto de la obligación del concesionario y por ello sólo se evaluaba en la oferta el cumplimiento del Plan Mínimo de Expansión. Se agrega así mismo que de acuerdo con la Corte Constitucional la reversión se aplica respecto de bienes a que se hubiere obligado el concesionario.

Por el contrario la Demandante y la Agencia se oponen, señalando que el Plan Mínimo de expansión es sólo un mínimo, pero el contrato no se limita a ello.

En relación con estos aspectos considera el Tribunal lo siguiente:

Lo primero que se advierte es que para fundamentar la interpretación en el sentido que la reversión sólo es aplicable respecto del Plan Mínimo de Expansión y el Plan de Cobertura de Vías, se invoca la sentencia C-555 de 2013. Ahora bien, si se examina el aparte que se cita en el contexto de la sentencia del Tribunal constitucional, se aprecia que en primer lugar dicho aparte se encuentra en la sentencia dentro de un acápite titulado “*6.3 Algunas consideraciones del Consejo*”

¹⁰⁷ Aclaración del dictamen técnico, pgs. 7-10.

de Estado y la doctrina en torno a la cláusula de reversión”, en el cual se exponen las opiniones de diversos autores como Rafael Bielsa, Miguel S. Marienhoff, Eduardo García de Enterría y Esteban Arimany y en él señala la Corte (el primer párrafo es el que invoca una de las Demandadas):

“Esteban Arimany ha analizado el asunto de las diversas clases de bienes que se pueden hallar en la prestación del servicio y, se ha referido a “(...) una serie de elementos necesarios para el desarrollo de la actividad concedida, que la Administración exige y el particular se compromete a aportar. Forman parte integrante de la concesión y están afectos al servicio público, siguiendo el régimen exorbitante propio de esta clase de bienes”¹⁰⁸, es de este acervo que se predica la reversión. Por otro lado, se encuentran involucrados en el contrato otros bienes que el concesionario incorpora voluntariamente “(los cuales) no son necesarios ni útiles para la prestación del servicio –entendido este en un sentido estricto- aunque de algún modo pueden complementarlo” y, adicionalmente otros bienes “útiles para la explotación, que el concesionario incorpora voluntariamente con vistas a la mejor prestación del servicio, excediéndose de sus obligaciones contractuales”¹⁰⁹ de estos últimos dos grupos de haberes patrimoniales, no se predicaría la reversión.” (Subraya la demandada).

“La misma doctrina especializada, a propósito del significado de la reversión la ha entendido y acogido en los siguientes términos: “el concesionario no solo se obliga a enajenar la propiedad de los bienes al llegar el día convenido, sino que, de hecho, la está transmitiendo ya –aunque a término- desde los primeros momentos de la relación concesional” por oposición a una tesis según la cual “(...) el concesionario(...) no transmite(...) ningún derecho real, continúa siendo el único y pleno propietario de los bienes y simplemente se obliga a transmitir, un día determinado, a la Administración la propiedad de los mismos(...)”.

“Para la Sala, estos últimos asuntos todos son del resorte de instancias diferentes a este Tribunal, más no por ello intrascendentes y mucho menos ajenos al interés público, pues, tal como ha precisado Arimany Lamoglia como pauta en este tema ha de atenderse “un criterio muy flexible, sin que – por ello – lleguen a perjudicarse los intereses colectivos.”(Se subraya)

Como se puede apreciar, el criterio que invocan las Demandadas no fue consagrado por la Corte Constitucional, sino que ella se limitó a citarlo como parte de la doctrina sobre la materia, y además precisó que estos asuntos eran del resorte de instancias diferentes al Tribunal Constitucional.

Ahora bien, si independientemente de la cita de la Corte que se ha invocado se analiza el problema a fondo, encuentra el Tribunal que la reversión no puede

¹⁰⁸ Arimany Lamoglia, E. *La Reversión de Instalaciones en la Concesión Administrativa de Servicio Público*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona. P. 53.

¹⁰⁹ *Ibidem* pp. 53-54.

limitarse al Plan Mínimo de Expansión ni al Plan de Cobertura de Vías¹¹⁰ por las siguientes consideraciones:

Como ya se dijo el objeto de los Contratos de Concesión era “*la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia,...*”.

Adicionalmente, en diversas cláusulas, entre ellas la relacionada con el objeto mismo del contrato, se estableció la obligación de los concesionarios de prestar el servicio de telefonía móvil celular, sin limitarlo a un Plan Mínimo, en tal sentido en la cláusula décima se dispuso lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA.-CALIDAD DEL SERVICIO. EL CONCESIONARIO se obliga a prestar el servicio de telefonía móvil celular en forma continua y eficiente, cumpliendo con las normas de calidad descritas en el Pliego de Condiciones y a suministrar al MINISTERIO DE COMUNICACIONES trimestralmente, dentro de los cinco (5) primeros días del trimestre siguiente, la información prevista en dicho pliego sobre las condiciones y calidad en que se esté prestando el servicio.” (Se subraya)

Así mismo en la cláusula décima novena se estableció:

“CLÁUSULAS DÉCIMA NOVENA.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. Además de las obligaciones señaladas en las cláusulas de este contrato y en la ley, el CONCESIONARIO se obliga a: 1. Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, de conformidad con lo estipulado en el Pliego de Condiciones, para lo cual deberá instalar, mantener y operar la respectiva red (...).”

“7. Ejecutar el Plan Mínimo de Expansión del servicio de telefonía móvil celular de acuerdo con el cronograma presentado en la propuesta.”(Se subraya)

De esta manera los Contratos de Concesión establecieron que los concesionarios deberían prestar el servicio de telefonía móvil celular y así mismo, cumplir un Plan Mínimo de Expansión.

El perito precisó en su dictamen técnico (página 14) lo siguiente:

“En relación con los requisitos del servicio, se estipuló:

“Planes de expansión de cobertura: los concesionarios adquirieron la obligación de implementar un Plan Mínimo de Expansión en cobertura en un determinado número de Municipios, que deberían ser conectados al

¹¹⁰ Este Plan según se aclaró en las preguntas y respuestas durante la licitación hace parte del Plan Mínimo. Folio 130 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

servicio en los primeros 5 años de la concesión y con una proyección de usuarios totales, para un horizonte de 10 años de la concesión.

“Plan Mínimo de Cobertura en vías: En forma similar, adquirió el compromiso de cubrir los tramos en vías incluidos en los pliegos.”

De lo anterior se desprende una primera observación, a saber, que las cláusulas primera y décima novena establecieron, por una parte, la obligación de prestar el servicio de telefonía móvil celular y por el otro lado, la de ejecutar el Plan Mínimo de Expansión. Lo anterior implica que las obligaciones del concesionario no se limitaban al Plan Mínimo de Expansión, pues para que ello fuera así, en el contrato simplemente se hubiera señalado que se prestaría el servicio de telefonía celular en los términos del Plan Mínimo de Expansión.

A lo anterior se agrega que el entendimiento de las Demandadas desconoce una regla fundamental en la interpretación de los contratos ya citada, y de conformidad con la cual *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”* (Artículo 1620 del Código Civil). En efecto, si el punto de vista de las Demandadas fuera cierto, no produciría ningún efecto la previsión contenida en el primer numeral de la cláusula décima novena del contrato.

El Plan Mínimo de Expansión y el Plan de Cobertura de Vías eran, como su nombre lo dice, unos estándares mínimos del servicio que debía prestar el operador respectivo, de modo que no se establece un máximo para los fines y alcances materiales y temporales de la reversión, lo cual no sólo permitía sino que suponía la posibilidad de que los concesionarios ajustaran la disposición, inclusión y exclusión de bienes de conformidad con los avances de la técnica, las oportunidades y posibilidades financieras y las preferencias y exigencias de los consumidores en un entorno competitivo. En ese mismo orden de ideas, la tecnología AMPS, mencionada en el pliego de condiciones (Cuaderno de pruebas No. 17, folio 9), corresponde a un punto de referencia mínima desde el punto de vista técnico, pero no implicaba, de acuerdo con la finalidad del contrato, una parálisis tecnológica, como quiera que, en los términos de la Cláusula décima séptima, se dejó en libertad a los concesionarios para desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez o para “ofrecer cualquier tipo de servicio digital” compatible con las normas AMPS.

El hecho de que al celebrar el contrato no se pudiera establecer claramente la forma como habría de desarrollarse y prestarse el servicio, varios años después, no implica que no existiera una obligación precisa a cargo del concesionario. En este punto debe observarse que esta situación no es totalmente ajena a los principios aplicables a los contratos. Así por ejemplo, en el contrato de suministro, si no se pacta la cuantía del bien o servicio proveído, el contrato conserva su eficacia y en tal caso el artículo 969 del Código de Comercio dispone que se entenderá que la cuantía es la que corresponde *“al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario”*. Adicionalmente prevé la ley mercantil en esa misma disposición supletoria que la *“capacidad o la necesidad ordinarias de consumo serán las existentes en el momento de efectuarse*

el pedido”. De esta manera la legislación mercantil contemporánea prevé en forma expresa la posibilidad de que el objeto del contrato se sujete a las necesidades que con el mismo se busca satisfacer en el futuro. A lo anterior se agrega que como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la mutabilidad es un principio de los contratos estatales particularmente del contrato de concesión de servicios, lo que implica que esos contratos deben interpretarse de tal manera que en las cambiantes circunstancias que se presenten, se asegure la prestación del servicio.

En este punto no sobra señalar que en los Contratos de Concesión se había previsto en la cláusula décimo séptima:

“El CONCESIONARIO se compromete a digitalizar su red de acuerdo con el estándar que indique el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, cumpliendo con el cronograma establecido en el Pliego de Condiciones. El operador podrá desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez al establecido en el cronograma o podrá ofrecer cualquier tipo de servicio digital desde la iniciación de la construcción de la red, siempre y cuando asegure: La compatibilidad con las normas AMPS- La adopción del estándar digital nacional, aunque éste sea distinto al instalado inicialmente. - Mantener el grado de servicio mínimo para todos sus suscriptores, tanto digitales como análogos.”(Se subraya)

Como se puede apreciar, el contrato consagraba claramente que el Concesionario podía desarrollar su plan de digitalización con mayor rapidez al establecido en el cronograma y que podía ofrecer cualquier tipo de servicio digital, pero que al digitalizar su red, debía mantener el grado de servicio mínimo para todos sus suscriptores, y no sólo para los que correspondieran al Plan Mínimo de Expansión.

Obsérvese, además, que el Plan Mínimo de Expansión y el Plan de Cobertura de Vías, debía cumplirse en un plazo de cinco años, por lo que, bajo la tesis de las demandadas, a partir del cumplimiento de dicho plazo, el concesionario no tendría obligaciones en materia de prestación del servicio.

Es claro que tal solución no corresponde a la lógica del contrato. En efecto, si cumplido el Plan Mínimo de Expansión o de Vías, durante el curso de la ejecución del acuerdo uno de los concesionarios hubiera decidido dejar de prestar el servicio de telefonía móvil celular con la cobertura que lo venía haciendo y limitarse a prestar el servicio del Plan Mínimo de Expansión, dejando sin servicio a todos los usuarios que no estuviesen cubiertos dentro de dicho Plan, habría un incumplimiento de los Contratos de Concesión, pues no se estaría prestando el servicio de telefonía celular en los términos de la cláusula primera.

A este respecto debe recordarse que la cláusula trigésima segunda de los contratos de concesión, que hace referencia al artículo 43 del Decreto 741 de 1993, establecía como causal de caducidad *“f. Por suspensión total o parcial del servicio sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada”*. Así las cosas, en la medida en que el concesionario desarrollaba el servicio de telefonía móvil celular, estaba obligado, en virtud del contrato, a desplegar los equipos necesarios para asegurar la prestación del servicio en las condiciones de

calidad requeridas por el acuerdo. De no hacerlo, indefectiblemente se vería incurso en una causal de caducidad, evento este que pugnaría con el entendimiento referido a que el Plan Mínimo de Expansión constituye el cumplimiento total del objeto del contrato.

Igualmente es de señalar que, desde la perspectiva del contenido de la cláusula trigésima tercera, debe observarse que deben revertir los bienes y elementos directamente afectados a la prestación del servicio público, sin limitarlos a los vinculados al Plan Mínimo de Expansión o al Plan de Cobertura de Vías. A lo anterior se agrega que si el propósito de la reversión era permitir al Estado prestar el servicio de telefonía móvil celular después de la terminación del contrato o, en todo caso, asegurar la continuidad de su prestación, la reversión no podía entenderse limitada al Plan Mínimo de Expansión y al Plan Mínimo de Vías.

Vale la pena indicar que una de la Demandadas ha señalado que en su oferta solo se tuvieron en cuenta las inversiones y gastos del Plan Mínimo de Expansión. En efecto, el perito financiero al preguntársele que, *“De acuerdo con las ofertas presentadas por Celumóvil, determine los montos de inversión proyectados para el plan mínimo de expansión, así como los gastos operativos para la atención del plan mínimo de expansión y determine si estaban incluidas inversiones adicionales”* contestó, después de analizar la oferta, lo siguiente:¹¹¹:

“De esta forma, los gastos descritos consideran el plan de cobertura y de expansión anual, por lo tanto todos los gastos son para la atención del plan mínimo de expansión y modernización.

“ ...

*“De esta forma, en los montos de inversión se tiene en cuenta las inversiones del **plan de expansión y modernización** de acuerdo a lo presentado en la oferta de 2.6 Montos de Inversión, y todos los gastos son para cubrir esos planes de expansión y modernización, con lo cual no son tenidos (sic) en cuenta otras inversiones adicionales a las descritas en los volúmenes II y III de la oferta.”*

Como se aprecia, es claro que, de acuerdo con lo expuesto por el perito financiero, en la oferta presentada por Celumovil, sólo se contempló la inversión por el Plan Mínimo de Expansión. Sin embargo, ello no significa que el proponente no haya tenido en cuenta la posibilidad de realizar inversiones adicionales para atender el mercado, sino simplemente demuestra que únicamente presentó lo relativo al Plan Mínimo de Expansión que era un requisito del pliego.

Por lo demás, en la medida en que los Contratos de Concesión claramente establecían la reversión de todos los bienes y elementos directamente afectados al servicio objeto del acuerdo, los concesionarios, como profesionales especializados que son, deberían ser conscientes que todos los bienes que cumplieran dicha condición, serían objeto de reversión.

¹¹¹ Página 94 del dictamen financiero.

No sobra destacar que en la historia del contrato y de su ejecución no existe ningún elemento probatorio que indique que en el algún momento los concesionarios y el Ministerio consideraron que la reversión sólo operaría respecto de los bienes que estuvieran destinados a cumplir el Plan Mínimo de Expansión o el Plan Mínimo de Vías.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal que todos los bienes y elementos directamente afectados a la prestación del servicio objeto de la concesión deben ser materia de reversión, así los mismos no estuvieran destinados a cumplir el Plan Mínimo de Expansión o el Plan Mínimo de Vías. Por consiguiente no prospera la excepción denominada Indebida “Interpretación de la Corte Constitucional”.

2.3.4.4 La reversión y las frecuencias utilizadas para transmitir a la red.

Las Demandadas han sostenido que la obligación de revertir se refiere exclusivamente a lo relacionado con la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta la estación base y viceversa, dentro del Plan Mínimo de Expansión. Lo anterior porque en la cláusula relativa al objeto del Contrato se establecieron las bandas de frecuencia asignadas para la transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de la estación base a la estación móvil.

Considera el Tribunal que al examinar en forma armónica las cláusulas primera y trigésima tercera de marras, se observa que a través de los contratos de concesión se otorgó la prestación del servicio de telefonía móvil celular en Colombia y se establecieron las bandas de frecuencias en las que deberían realizarse las comunicaciones entre las estaciones base y las estaciones móviles. Ahora bien, la cláusula de reversión dispuso que los bienes y elementos que debían revertirse eran los directamente afectados a la concesión.

Como quiera que la concesión tiene por objeto el servicio de telefonía móvil celular ha de concluirse que lo que se debe revertir es lo afectado a dicho servicio. Debe destacarse que la cláusula de reversión no establece que la misma se refiera a los bienes y elementos que están directamente afectados a las frecuencias concedidas por el contrato, que sería la redacción que correspondería si la tesis de las demandadas fuera cierta.

Ahora bien, es evidente que el servicio de telefonía móvil celular no puede funcionar si no hay transmisión entre las estaciones base que se comunican con las bases móviles y los demás elementos necesarios para que el usuario se pueda comunicar con otro usuario móvil o fijo.

A este respecto el perito técnico expresó en su dictamen¹¹²:

“El OBJETO de los contratos de concesión establece como primera responsabilidad para el concesionario la prestación del servicio de telefonía móvil celular por su cuenta y riesgo. Para prestar dicho servicio se hace

¹¹² Páginas 112 y 113 del Dictamen Pericial Técnico.

necesario la utilización del espectro radioeléctrico usando las frecuencias relacionadas en el parágrafo 1, para lo cual el concesionario debe desplegar una red de Telefonía Móvil Celular (TMC) funcional e interconectada con la red de Telefonía Pública Conmutada (RTPC) u otras redes de TMC.

“Por lo tanto, la prestación del servicio de TMC requiere la instalación de una red que permita prestar el servicio concedido y que proporcione en sí misma la capacidad completa para la comunicación telefónica, compuesta de los Subsistemas de Acceso, Transmisión, Core y el de Operación y Mantenimiento, y en la que si bien el espectro asignado es el elemento principal de una parte de dicha red (Subsistema de Acceso), no significa que sea el único subsistema de la misma, pues para garantizar la comunicación entre usuarios móviles propios y de éstos con usuarios de otras redes móviles o fijas (RTPC) también se requiere la utilización de los otros subsistemas mencionados (Transmisión, Core, Operación & Mantenimiento).”

Así mismo señaló¹¹³:

“La cláusula 1 de los contratos de concesión estipula:

“..

“Del texto citado se puede concluir desde el punto de vista técnico que:

“a) El objeto de contrato de concesión establece como primera responsabilidad para el concesionario la prestación del servicio de telefonía móvil celular en Colombia.

“b) El servicio en sí mismo debe tener la capacidad completa para la comunicación entre usuarios móviles y entre éstos y los usuarios fijos.

“c) El servicio debe prestarse utilizando el espectro radioeléctrico asignado al concesionario, siendo este su elemento principal más no el único.

“Para prestar el servicio de Telefonía Móvil Celular entre usuarios móviles y entre un usuario móvil y un usuario de telefonía fija se requiere una red de Telefonía Móvil Celular que proporcione en sí misma la capacidad completa para la comunicación telefónica compuesta por los subsistemas de Acceso, Transmisión, Core y el de Operación y Mantenimiento, incluyendo la infraestructura pasiva de cada subsistema.

“Por lo tanto, con base en el contenido de la Cláusula Primera.- OBJETO del Contrato de Concesión, se concluye que los elementos y la infraestructura a que hace referencia corresponden en su totalidad a los Subsistemas de Acceso, Transmisión, Core y el de Operación y

¹¹³ Página 142 del Dictamen Técnico.

Mantenimiento, conforme con lo solicitado en los pliegos de condiciones y lo presentado en la oferta.” (Se subraya)

Teniendo en cuenta lo expuesto, es entonces claro que la reversión consensuada no se limita a los bienes y elementos directamente afectados a las frecuencias previstas para la transmisión de la estación móvil a la estación base, sino todos aquellos que son necesarios para prestar el servicio de telefonía móvil celular y por ello la conexión con otros usuarios móviles o fijos, dentro de lo efectivamente contratado.

2.3.5 La reversión y la asignación de frecuencias adicionales a cambio de una obligación de hacer

Las Demandadas sostienen que la reversión sólo puede operar respecto de los bienes que utilizan las frecuencias asignadas inicialmente en el contrato, pero que no deben incluirse los bienes afectos a otras frecuencias que fueron asignadas posteriormente y que tuvieron como contraprestación una obligación de hacer. La Demandante considera por el contrario que deben revertir todos los bienes afectados al servicio.

Sobre el particular entiende el Tribunal que en el proceso está acreditado que, además de las frecuencias inicialmente otorgadas por los Contratos de Concesión celebrados en 1994, por modificaciones suscritas el 28 de marzo de 2005 a los mismos, se estableció que los concesionarios recibieron una asignación adicional de espectro, a cambio de lo cual se obligaron a cumplir una obligación de hacer que consistía en dar cobertura a 1.500 kms de vías.

Ahora bien, como se analiza en otro aparte de este Laudo, de conformidad con la naturaleza de la obligación de prestar el servicio pactada a cargo de los concesionarios, que es de hacer y no de dar, y lo previsto en las normas que regularon dicha situación, y en particular el Decreto 4234 de 2004, los bienes que instalaron los operadores para otorgar la cobertura eran de su propiedad.

Sin embargo, debe advertir el Tribunal que en su demanda, la Convocante solicitó, por una parte, la reversión de todos los bienes afectados al servicio y por otro lado, igualmente como pretensión principal, la restitución de los activos instalados para cumplir la obligación de hacer para pagar espectro adicional. Lo anterior implica que para el Ministerio, los activos instalados para cumplir la obligación de hacer no son materia de reversión sino de restitución, por lo que no serán tenidos en cuenta para efectos de la reversión.

2.3.6 La reversión y la asignación de espectro adicional para servicios móviles terrestres

Señalan las Demandadas que la reversión no puede operar sobre activos asociados a la explotación de un espectro radioeléctrico no relacionado con la Concesión. A tal efecto señalan que el perito, en las aclaraciones a su dictamen, precisó las frecuencias asignadas, pero erróneamente incluye los elementos de la red desplegados para explotar la banda otorgada en el 2011, cuando el despliegue de

dicha red se sujetaba a las reglas previstas en la subasta, contenidas en la Resolución 1157 de 2011.

A tal efecto se señala que el permiso fue otorgado para explotar 15 MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres, con área de servicio nacional (artículo 1º); con una duración de 10 años, es decir hasta 2021 (artículo 2º); por un valor de US\$15.900.000 (artículo 4º), que debía pagarse el 50% en efectivo y el otro 50% en obligaciones de hacer a través de cobertura de red móvil y efectuando la conexión y prestación del servicio de internet en las instituciones educativas que determinara el Ministerio (artículo 5º); y que se debía utilizar las frecuencias asignadas en la resolución, para la prestación de servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres. Por ello estas frecuencias no pueden considerarse asignadas por virtud o al amparo de los Contratos de Concesión de telefonía móvil celular. Se agrega que de conformidad con las respectivas resoluciones se buscaba cumplir las metas del Plan Nacional de Desarrollo y del plan Vive Digital del Ministerio TIC con el fin de masificar el uso de internet, lograr que el país pudiera contar con que el 100% de las cabeceras municipales, tuvieran cobertura de internet inalámbrico, con servicios de 3G y al menos en el 50% con 4G.

Agrega que en este caso, a diferencia de la asignación de espectro efectuada en el 2005, no se produjo ninguna modificación a los Contratos de Concesión de telefonía móvil celular para incluir estas nuevas bandas de frecuencia asignadas, pues únicamente se exigió contar con la inscripción en el registro TIC, de manera que se hiciera efectiva la habilitación general para prestar servicios.

Sobre el particular el Tribunal considera:

En sus aclaraciones al dictamen pericial, el perito técnico indicó las asignaciones de espectro ocurridas durante la vigencia de los Contratos de Concesión hasta 2013 y que han sido usadas en la prestación del servicio de telefonía móvil celular¹¹⁴, las cuales son las siguientes:

Operador	Banda	Ancho de banda asignado	Rango Frecuencias	Título Habilitante	Alcance del permiso
COMCEL	850 MHz	25 MHz	825,03 a 834,99 MHz	Contratos Nos. 004, 005, 006 de marzo 28 de 1994	Prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular
			845,01 a 846,48 MHz		
			824,04 a 825,00 MHz		
			870,03 a 879,99 MHz		
			890,01 a 891,48 MHz		
			869,04 a 870,00 MHz		

¹¹⁴ Página 9 de las aclaraciones al dictamen pericial técnico.

	1900 MHZ	15 MHz	1877,50 a 1885 MHz	Modificación a los contratos Nos. 004, 005 y 006 de 1994. Resolución 2720 de 2004	Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular
			1957,50 a 1965 MHz		
	1900 MHZ	10 MHz	1939,9 a 1944,9 MHz	Resolución 3081 de 2009	Operación de Servicios Móviles Terrestres
			1859,9 a 1864,9 MHz		
	1900 MHZ	5 MHz	1852,5 a 1855,0 MHz	Resolución 2107, de septiembre 15 de 2011. Subasta pública Res. No. 1157 de 2011	Operación de Servicios de Telecomunicaciones Móviles Terrestres
			1932,5 a 1935,0 MHz		
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES	850 MHZ	25 MHz	835,02 a 844,98MHz	Contratos Nos. 001, 002, 003 de marzo 28 de 1994	Prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular
			846,51 a 848,97 MHz		
			880,02 a 889,98MHz		
			891,51 a 893,97 MHz		
	1900 MHZ	15 MHz	891,51 a 893,97 MHz	Modificación a los contratos Nos. 001, 002 y 003 de 1994. Resolución 508, de marzo 28 de 2005	Prestación Servicios de Telefonía Móvil Celular
	1900 MHZ	15 MHz	1867,50 a 1870,0 MHz	Resolución 2105, de septiembre 15 de 2011. Subasta pública Res. No. 1157 de 2011	Operación de Servicios de Telecomunicaciones Móviles Terrestres.
			1947,50 a 1950,0 MHz		
			1885,0 a 1887,5 MHz		
			1965,0 a 1967,5 MHz		
			1887,5 a 1890,0 MHz		
1967,5 a 1970,0 MHz					

A lo anterior se agrega que obra en el expediente la Resolución 2105 del 2011¹¹⁵, expedida en desarrollo de la Ley 1341 de 2009, “*Por medio de la cual se otorga permiso para el uso de unas bandas del espectro radioeléctrico, al interior de la banda de 1859 MHz a 1990MHz a TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A., para la operación y prestación de servicios móviles terrestres*”. En el artículo 1º de dicha Resolución se otorga permiso para el uso y explotación de quince (15) MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres. En el artículo 6º se establece que las frecuencias asignadas se deben utilizar para prestar los servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres.

¹¹⁵ Folio 376 del Cuaderno de Pruebas No. 22.

De esta manera, de las frecuencias utilizadas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, existen unas que fueron otorgadas por el contrato de concesión o sus modificaciones y otras que fueron atribuidas por acto administrativo para servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres.

Ahora bien, lo que debe determinarse es si los bienes o elementos que se utilizaron para prestar el servicio de telefonía móvil celular, a través de las frecuencias asignadas por acto administrativo y no por los contratos de concesión, deben hacer parte de los bienes a revertir.

A este respecto se observa que la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión estableció la reversión de todos los bienes y elementos afectados a la prestación del servicio. De esta manera, en la medida en que los bienes y elementos que utilizan las frecuencias que fueron asignadas por acto administrativo se utilizan para prestar el servicio de telefonía móvil celular, ha de concluirse que tales bienes están directamente afectados al servicio y por ello deben revertir a la Nación. En este punto debe observarse que la tesis de las Demandadas sería correcta si la cláusula trigésima tercera hubiera previsto que la reversión se referiría a los bienes y elementos afectados a determinadas frecuencias, pero ello no es lo que estableció dicha estipulación, la cual previó la reversión de los bienes directamente afectados a la concesión del servicio de telefonía móvil celular.

En todo caso queda por definir si la conclusión que resulta del texto de la cláusula trigésima tercera cambia por el hecho de que la autorización del uso del espectro que se asignó, por actos administrativos independientes de los Contratos de Concesión, excediera del término de la concesión, que por dicha asignación se hubiese pactado el pago de una suma de dinero específica, o que dicha asignación se otorgó para servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres.

En relación con lo anterior encuentra el Tribunal, en primer lugar, que el hecho de que la asignación del uso del espectro radioeléctrico se haya realizado por una vigencia mayor a la duración del contrato de concesión de telefonía celular, no impide que pueda operar la reversión, pues en tal caso, terminado el contrato de concesión revertirán los activos directamente afectados a la prestación del servicio de telefonía móvil celular, pero el concesionario podrá seguir usando el espectro asignado por el tiempo por el cual le fue otorgado, incluso prestando el servicio de telefonía celular bajo el nuevo régimen de habilitación general.

En segundo lugar, el hecho de que el concesionario haya pagado por el espectro una suma de dinero como resultado de la subasta realizada para asignarlo no tiene consecuencia desde el punto de vista de la reversión, porque en todo caso a pesar de la reversión el concesionario va a poder continuar usando el espectro por el término que se le otorgó.

En tercer lugar, el hecho de que el espectro se haya otorgado para servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres no afecta la anterior conclusión, pues la expresión radiocomunicaciones móviles terrestres es sin duda más amplia que la de telefonía móvil celular. En efecto, la telefonía está referida a la comunicación de

la voz o el sonido, en tanto que las radiocomunicaciones además de comprender la transmisión de voz y sonido, también incluyen la transmisión de datos. Pero el hecho de que se haya asignado el espectro a las Demandadas para dicho fin, no afecta la reversión, pues claramente la telefonía móvil celular es una forma de radiocomunicación móvil terrestre. Es precisamente por tal razón que los concesionarios han usado el espectro asignado para prestar el servicio de telefonía móvil celular.

Las consideraciones anteriores llevan al Tribunal a concluir que no hay razón alguna para sustraer de la reversión, activos que se utilizan para prestar el servicio de telefonía móvil celular a través de las frecuencias que le fueron asignadas a los Concesionarios en virtud de actos administrativos independientes a los Contratos de Concesión para servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres.

2.3.7 La reversión y los bienes previsibles al celebrar el contrato

Se señala por Comcel que tomando en cuenta los criterios de la jurisprudencia constitucional, solamente es posible revertir aquellos bienes sobre los que el operador hubiera podido prever desde la celebración del contrato su reversión, y pudiera hacer las amortizaciones pertinentes. Advierte que una postura diferente, implicaría que la reversión no sería una devolución de los bienes que se emplean para la prestación del servicio al que se obligó el concesionario consignado en el contrato, sino que la obligación de reversión sería una suerte de participación en las utilidades del operador, quien tendría que revertir más o menos bienes según cuan rentable fuese su negocio.

Precisa la Convocada que, detrás de la reversión está el criterio financiero de la ecuación económica del contrato, el cual supone que aquel que hubiese pactado un contrato de concesión en el que se previera una cláusula de reversión al momento de su celebración, habría efectuado la correspondiente amortización. Este enunciado teórico no es aplicable a los bienes relacionados a los contratos de concesión 000004, 000005 y 000006 de 1994, que fueran destinados a la ejecución del contrato con posterioridad al año de 1998, por cuanto no era posible realizar una amortización financiera sobre unos bienes que no podían ser cuantificados por el oferente al momento de celebrar el contrato. Señala que la única obligación que determinaba los alcances de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, era el Plan Mínimo de Expansión. En consecuencia, no le era posible al oferente determinar cómo se comportaría el negocio ni el mercado, cuántos usuarios podría captar y, por tanto, le era imposible amortizar financieramente la infraestructura futura que ni siquiera sabía si iba a necesitar.

Entiende Comcel que el Tribunal debe decidir, con base, no en qué bienes pudo amortizar el operador, sino con base en qué bienes estaba en capacidad de amortizar el operador de acuerdo a lo que consagrara el contrato, pues los mismos fueron los que se tuvieron en cuenta al momento de plantear la ecuación contractual, por lo cual incluir otros, iría en detrimento patrimonial del concesionario.

Después de hacer referencia a la jurisprudencia constitucional destaca que en esta

materia la misma hace particular énfasis en los estudios previos, que por supuesto debe tener la entidad contratante.

En este punto advierte que infortunadamente dichos estudios no reposan en el expediente por cuanto el Ministerio, no los pudo encontrar. Lo mismo ocurrió con los estudios por él realizados, para la valoración de la franja adicional de espectro entregada en el marco de las obligaciones de hacer. Por lo anterior solicita se aplique lo previsto por los artículos 233 y 267 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En todo caso expresa que el hecho de que, por omisión imputable al Ministerio, no se contara con una prueba que hubiese sido crucial para el proceso como lo son los estudios previos, no implica que no haya otras pruebas que permitan concluir que sobre los bienes con los cuales los operadores prestaban el servicio de Telefonía Móvil Celular, en el marco de los Contratos de Concesión, no se previó ningún tipo de amortización financiera asociada a la reversión.

A tal efecto se refiere a la sección tercera de los pliegos de condiciones, Condiciones Financieras, en la que no se hace ninguna mención a que dentro de las proyecciones financieras que debían hacer los operadores, era menester incluir un rubro de amortización financiera de los activos para reversión, y señala que ello “sencillamente no es tenido en cuenta”. Agrega que igualmente en la oferta no hay ninguna mención a la obligación de reversión. Indica que en el documento titulado “Estudio para establecer el valor a pagar por concepto de la prórroga de los contratos de concesión”, en ningún momento se considera, siquiera tangencialmente a la reversión como un elemento a tener en cuenta en la valoración. A este respecto Comcel destaca que en el dictamen se expresó “(...) *el perito concluye que dada la metodología utilizada para el cálculo del valor de la prórroga, no se requiere la estimación de variables financieras como lo es el concepto de reversión de los activos, y por tanto no fue considerado*” (P 144 del alegato).

Por consiguiente, al momento en que se indicó el precio para la prórroga de los contratos de concesión, la entidad estatal no tuvo en consideración, como variable, el costo de los bienes que se buscaba revertir, y por tanto, no pudo haber establecido dentro de la ecuación económica del mismo, que los operadores hubieran estado en la capacidad de amortizar financieramente los bienes asociados a la prestación del servicio de Telefonía Móvil Voz. En consecuencia, se encuentra probado que respecto de los últimos 10 años de la concesión, no se contempló por parte del Ministerio la posibilidad de que se debieran revertir los bienes, al fenecimiento de la misma.

Por su parte Telefónica expresa que con la interpretación de la Demandante se habría violado el principio de planeación, por no haber precisado jamás, a qué bienes y hasta qué momento debía extenderse la reversión. A tal efecto, precisa que dicho incumplimiento se manifestó en los pliegos de condiciones, pues no existe una regulación detallada mínima de los bienes que serían objeto de reversión a la terminación de ellos. Así mismo durante la ejecución del contrato existió

incumplimiento porque se omitió “*solicitar el inventario, detalle de estado, seguimiento, observaciones dentro de la interventoría ejercida año a año (19 años), expedición de paz y salvos a favor de Telefónica*”; al no determinar al momento de la prórroga en 2004, con base en estudios financieros o técnicos, los bienes que serían objeto de reversión para el nuevo período o si existiera dicha obligación, un corte para su cumplimiento en dicho año; al momento “*de la expedición de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, no advertir a los concesionarios que continuaban vigentes las cláusulas*”, y así mismo al momento de la liquidación al “*no determinar los criterios para su liquidación*”.

Sobre el particular considera el Tribunal:

Para resolver los puntos planteados por las Convocadas, encuentra pertinente el Tribunal precisar si el alcance de la obligación de reversión está vinculado al hecho de que ella se hubiera previsto en los estudios realizados al celebrar el contrato o sus prórrogas.

En virtud de la cláusula de reversión, es el contrato, considerado en su conjunto y su naturaleza, lo que justifica la transferencia de los bienes a su finalización. Por otra parte, durante la ejecución del mismo, el concesionario tiene derecho a una remuneración que le permite planear y organizar su actividad para recuperar su inversión, buscar un margen de ganancia y, contablemente, amortizar su inversión.

Contrario a lo planteado por la Convocada, ellas conocieron de la existencia de la reversión desde el pliego mismo y luego, aceptaron su inclusión en el contrato, por cuanto la potestad excepcional no hubiese podido ser impuesta, pues como ya se dijo, ésta solo aplica a concesión de bienes estatales y no de servicios.

A su turno, considera el Tribunal que, en el presente caso, no era necesario que las partes acordaran desde el inicio del contrato o cuando se pactaron las prórrogas, con certeza absoluta cuáles serían los elementos y bienes a revertir o lo que ocurriría en el desarrollo del contrato. En efecto, como se indicó, este es un asunto, si bien no determinado, sí totalmente determinable. Por ello no es aceptable concluir que la reversión sólo puede recaer sobre los bienes que se hubieren previsto al tiempo del contrato o de las prórrogas por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque la cláusula trigésima tercera no lo dispuso así. En efecto, los contratantes no estipularon que sólo revertirían los bienes que inicialmente se destinaran al servicio, o los que las partes en ese momento estimaban que se destinarían al servicio, sino los bienes afectados al servicio a la terminación del contrato. Lo anterior por la razón de que la reversión se previó como un mecanismo para asegurar la continuidad en la prestación del servicio público a la terminación del contrato. Si la reversión sólo se refiriera a bienes previstos inicialmente, podría ocurrir que con tales bienes no se pudieran atender las necesidades de los usuarios diez años o veinte años después, sobre todo en un sector como el de las telecomunicaciones que cambia rápidamente. Y sería opuesto a la finalidad de la concesión de un servicio y a los intereses legítimos de los contratantes que el servicio estuviera atado a un conjunto de bienes que resultarían desuetos ante los avances tecnológicos anteriores a la terminación de la concesión.

En segundo lugar, lo que justifica que se haya pactado la transferencia de los elementos y bienes al finalizar el contrato, sin que por ello el concesionario deba efectuar compensación alguna, es el hecho que durante la ejecución del mismo el concesionario tiene derecho a una remuneración que le debe permitir, con base en una debida diligencia del negocio, y en los términos de sus propias estimaciones y modelos financieros, amortizar su inversión. Tal situación no depende entonces de que en el momento inicial o en el de la prórroga se hayan previsto unos determinados bienes, pues finalmente es el concesionario quien decide qué bienes adquiere y cómo los amortiza.

En tercer lugar, el principio del equilibrio económico del contrato no está simplemente vinculado a las cifras que se hayan incluido en un determinado estudio al momento de celebrar el contrato o a su prórroga, o a la previsión de unos determinados bienes, sino al contenido mismo del contrato y las prestaciones a cargo de las partes. En efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”*. Por consiguiente, lo que debe examinarse es cuál es el equilibrio inicial del contrato y si el mismo se mantuvo. En el presente caso el concesionario debía hacer unos pagos a la entidad concedente, realizar las inversiones para prestar el servicio de telefonía móvil celular, así como prestar el servicio, y al final transferir a la entidad pública los bienes afectados al mismo, y a cambio de ello tenía el derecho a cobrar a sus usuarios las tarifas que estableciera. Vale la pena destacar que el Concesionario era quien tenía la capacidad de decidir tanto las inversiones que haría como las tarifas de sus servicios, por lo que estaba en sus manos mantener el equilibrio, mientras no ocurrieran hechos ajenos a su voluntad que lo impidieran.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que en los pliegos y en la oferta de los contratos de concesión o en los estudios realizados cuando se realizó la prórroga no se haya hecho referencia a la reversión no implica que en tal caso dicha reversión no puede operar.

No sobra destacar que en los pliegos de condiciones de la licitación que dio lugar al presente contrato, sólo se exigió que la información que se suministrara se refiriera al Plan Mínimo de Expansión. Lo anterior con el evidente propósito de que el Estado pudiera tener claridad de que los proponentes tenían la capacidad de adelantar dicho Plan. En el contexto señalado era claro que la amortización de las inversiones adicionales no era un tema que debiera ser tratado en los pliegos de condiciones ni en los estudios previos; ello dependería de una serie de circunstancias que no podía determinar la entidad estatal, pues en últimas correspondería a decisiones del concesionario frente a la evolución del mercado. En el fondo, era el concesionario el que debía decidir qué inversiones iba a realizar, con cargo a qué recursos iba a atenderlas y cómo iba a amortizarlas.

Algo semejante se presentó al momento de calcular el valor de la prórroga del contrato, pues se mantenía el esquema contractual en el cual el concesionario actuaba por su cuenta y riesgo y, por consiguiente, era libre de decidir las inversiones que quería hacer y determinar cómo las iba a amortizar.

El Ministerio realizó los estudios que consideró procedentes y determinó el precio que estimó apropiado teniendo en cuenta los criterios que constan en el documento “*Consideraciones Económicas para Prorrogar los Contratos de Concesión del Servicio de Telefonía Móvil Celular*”¹¹⁶, pero en últimas era el concesionario al que le correspondía evaluar las inversiones que debía realizar y la forma como esperaba amortizar tales inversiones, ello en consideración, precisamente, al precio determinado por el Estado. Por consiguiente no es posible aceptar la excepción formulada por Comcel, en el sentido de que solo habrían de revertir aquellos bienes que hayan sido objeto de amortización.

Adicionalmente, desde el punto de vista legal, es necesario precisar el alcance del principio de planeación frente al contenido obligacional del contrato, una vez celebrado. Ciertamente las entidades estatales deben cumplir el principio de planeación, cuyo contenido por lo demás no es igual hoy a como era en 1994 ni en 1997, cuando se pactó el valor de la prórroga, pero en todo caso no debe olvidarse que el contrato genera obligaciones, y que los contratantes deben cumplirlas a menos que ellos convengan en modificar las estipulaciones correspondientes, o que las mismas sean anuladas por el juez competente. Sin duda podría discutirse la validez de una cláusula cuando la entidad estatal ha inducido en error al contratista, lo que constituye dolo, pero mientras la cláusula sea válida no podría aceptarse que el contratista pretenda sustraerse de la misma sosteniendo que aquello que se le reclama no fue objeto de consideración en los estudios previos.

Finalmente reclama Comcel, la aplicación de los artículos 233 y 267 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 233 en su primer inciso establece el deber de colaboración de las partes con el perito y señala que si ellas no le facilitan los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo “*se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra*”.

A este respecto, en el dictamen financiero se le preguntó al perito si de acuerdo “*con los estudios iniciales efectuados.... para adelantar la licitación pública No 045 de 1993 adelantada para la celebración de los Contratos de Concesión o en los pliegos de condiciones de la mencionada licitación pública, qué inversiones fueron previstas para que se realizaran por parte de los concesionarios*”.

En relación con esta pregunta el Perito contestó¹¹⁷:

“Con el fin de identificar las inversiones previstas que realizarían los concesionarios dentro de los estudios previos oficiales, el Perito revisó el expediente que reposa en el Tribunal, no encontrando dichos documentos. El Perito procedió a solicitar dicho documento al MinTic, quienes

¹¹⁶ Folio 50 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 26.

¹¹⁷ Página 101 del Dictamen financiero.

manifestaron que “no fue posible ubicar los Estudios Previos de dichas licitaciones.” (Se subraya)

De igual manera, se le solicitó al perito: “*Determine, de acuerdo con los estudios previos oficiales efectuados por parte Ministerio de Comunicaciones, hoy MinTIC para adelantar la Licitación Pública No. 045 de 1993 adelantada para la celebración de los contratos de concesión o en los pliegos de condiciones de la mencionada licitación pública, qué amortizaciones de las inversiones de los concesionarios fueron previstas para que se realizaran por parte de los concesionarios*”.

El perito contestó “*Con el fin de identificar las amortizaciones a las inversiones previstas que realizaran los concesionarios dentro de los estudios previos oficiales, el Perito solicitó al MinTIC dicho documento, el cual no ha sido hallado dentro de sus archivos, por lo tanto hasta el momento no ha sido posible validar las inversiones previstas en los documentos solicitados*”. (Se subraya)

De esta manera está acreditado que el perito no recibió los estudios previos, porque el Ministerio indicó que no le fue posible ubicarlos.

Ahora bien, entiende el Tribunal que la consecuencia que establece el artículo 233 del Código General del Proceso parte del supuesto de que quien tiene la información o dato que requiere el perito se abstiene de suministrarlo. Por consiguiente, si la parte no suministra una información porque no la tiene en su poder o no puede encontrarla, no puede considerarse que no hay colaboración con el perito, a menos que se pruebe que la excusa invocada no es cierta.

Por otra parte, el artículo 267 del Código General del Proceso dispone:

“Artículo 267. Renuencia y oposición a la exhibición. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.”(Se subraya)

Como se puede apreciar, cuando una parte deja de realizar la exhibición de un documento que le ha sido ordenada, dicha conducta se apreciará como una confesión o como un indicio en contra del renuente. En todo caso dispone la ley que para tal efecto se procede de la misma forma que cuando hay oposición a la exhibición, lo anterior a menos que la parte pruebe causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento.

Ahora bien, si se examina la forma en la que la ley regula el evento en que una parte se opone a la exhibición, se advierte que el Código establece que si el juez no la encuentra justificada. “y se *hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor*”, se deducen consecuencias adversas a la parte que se opuso.

De esta manera, para que procedan las consecuencias adversas previstas por el artículo para la no exhibición, es necesario no sólo que no se muestre el documento, sino que además se acredite que estaba en poder de quien debía exhibirlo, lo cual en el presente caso no está acreditado.

En todo caso aun si se aceptara que en tal sentido existe un indicio en contra de la Convocante, éste sólo apuntaría a que en los estudios previos no fueron previstas amortizaciones de las inversiones de los concesionarios, lo que como ya se dijo, no altera la solución a la que ha llegado el Tribunal.

Finalmente, por lo que se refiere al artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se advierte que el mismo regula la contestación de la demanda en el proceso contencioso administrativo y establece en su párrafo primero:

“Parágrafo primero. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

“Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción.

“La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.” (Se subraya)

Lo primero que debe observarse es que dicha norma no es aplicable en materia arbitral, por cuanto no existe ninguna norma en la Ley 1563 que remita en esta materia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En todo caso si dicha norma fuera aplicable, se advierte que la misma supone que el funcionario no remita la documentación que se encuentre en su poder, y no se ha acreditado que los estudios a los que hace referencia Comcel se encuentren en poder del Ministerio.

Por todo lo anterior los argumentos y peticiones de Comcel que en este sentido se formulan y en tal sentido no prospera la excepción de “Indebida interpretación de la Corte Constitucional”.

2.3.8 La reversión, el servicio de voz y los servicios de valor agregado

Las Demandadas han señalado que inicialmente el servicio que se concedió era el de telefonía móvil celular, sin incluir los servicios de valor agregado, que requerían autorización particular, y que la prestación de otros servicios se realizó en virtud de títulos habilitantes diferentes, para lo cual se usó una sola red, por lo que no puede operar la reversión sobre los bienes y elementos que están destinados a otros servicios y por ello señalan que si se decreta la reversión que ha solicitado la Demandante, las colocaría en imposibilidad de cumplir una serie de contratos que tienen con terceros.

Al respecto considera el Tribunal:

En primer lugar, está claramente establecido que los Concesionarios prestan tanto el servicio de voz como el de datos y que lo hacen a través de unos mismos equipos y red, que en la gran mayoría de los elementos que la conforman, son inseparables.

A este respecto el perito técnico al contestar la pregunta 14 del cuestionario de Comcel¹¹⁸, en la que se le solicitó informar si la tecnología AMPS permitía dividir o separar físicamente, sin que pierdan su funcionalidad, los elementos que componían la red, a fin de determinar por separado cuáles de ellos atienden servicios de voz y cuáles de ellos atienden servicios de valor agregado, expresó lo siguiente:

“Por lo anterior, se concluye que en las redes de TMC que usaban la tecnología AMPS, no es posible separar físicamente los elementos de red que intervienen en la prestación del servicio de correo de voz, que como ya se anotó era el único servicio de valor agregados (VAS) que se prestaba.”

Al contestar la misma pregunta respecto de la tecnología 3G concluyó lo siguiente¹¹⁹:

“Atendiendo lo anteriormente expresado se concluye que en las redes 3G solo es posible dividir o separar físicamente los elementos de red SGSN y GGSN pertenecientes al Subsistema de Core como los únicos elementos de red que atienden servicios VAS provenientes de plataformas interconectadas vía protocolo IP sin que pierdan su funcionalidad. Los demás elementos de red atienden de manera compartida tanto el servicio de voz como el de VAS y datos y no es posible separarlos físicamente sin que pierdan funcionalidad.”

Igualmente expresó en sus aclaraciones el perito técnico:¹²⁰

“Tal como se expresó en el dictamen pericial técnico en respuesta a la pregunta 7 de TELEFÓNICA, desde el punto de vista estrictamente técnico

¹¹⁸ Folio 167 del Cuaderno de Pruebas No. 28.

¹¹⁹ Página 136 del dictamen técnico.

¹²⁰ Página 37 de las aclaraciones.

no se puede separar físicamente la proporción en que son utilizados los elementos de una red de TMC, que se utilice conjuntamente para cada uno de los diferentes servicios que se prestan simultáneamente por la misma red. Aunque también se aclara que en el caso de los servicios móviles (TMC y/o datos), es posible diferenciar a nivel del subsistema Core, los elementos que se utilizan exclusivamente para la voz de los que se usan exclusivamente para datos, más no a nivel de los otros subsistemas de la red (Acceso, Transmisión, OSS), en los cuales se comparten los recursos físicos y lógicos disponibles.”

De esta manera, está acreditado que salvo los elementos de red SGSN y GGSN pertenecientes al Subsistema de Core, que sí permiten la división material, en los demás casos no es posible separar físicamente los sistemas que atienden el servicio de voz y los que atienden el servicio de datos.

Partiendo de lo anterior es entonces necesario establecer cuál es, en la situación descrita, el alcance de la cláusula trigésima tercera.

Para tal efecto debe señalarse que el objeto de la concesión, de conformidad con la cláusula primera de los Contratos de Concesión, es la prestación del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, “(...) que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC) (...).”(Se subraya)

Lo anterior es, además, consistente con la Ley 37 de 1993 la cual dispuso:

“Artículo 1º.- *Definición del servicio de telefonía móvil celular. La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.” (Se subraya)*

De igual forma, el artículo 2 del Decreto 741 de 1993 dispone:

“Artículo 2º.- *Definición de telefonía móvil celular. La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través de la interconexión con la Red Telefonía Pública Conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios de la Red Telefonía Pública Conmutada, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal” (Se subraya)*

Como se puede apreciar, lo que define la telefonía móvil celular de conformidad con

el contrato y la ley, es que permite la comunicación telefónica entre usuarios móviles. Ahora bien, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define telefonía de la siguiente manera: “2. f. *Sistema de comunicaciones telefónicas.*” Igualmente precisa que lo telefónico es lo “*Perteneciente o relativo al teléfono o a la telefonía*”. A su turno el teléfono es, según el mismo Diccionario: “*Conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad.*” (Se subraya)

De esta manera, desde un punto de vista gramatical, el concepto de telefonía hace referencia a la transmisión de la palabra o de los sonidos.

Por otro lado, desde el punto de vista normativo, es menester partir de lo previsto en el artículo segundo del Decreto Ley 1900 de 1990, “*Por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines*”, que definió los servicios de telecomunicaciones y los clasificó en básicos; telemáticos; de valor agregado; de difusión; auxiliares de ayuda y especiales, definiendo además la red como soporte de infraestructura.

A su turno, el artículo 27 clasifica los servicios de telecomunicaciones en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

A tal efecto el artículo 28 precisa los servicios básicos de la siguiente manera:

“Artículo 28. Los servicios básicos comprenden los servicios portadores y los teleservicios.

“Servicios portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Estos comprenden los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados.

“Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil - celular, la telegrafía y el télex.” (Se destaca)

Asimismo el artículo 31 define los servicios de valor agregado de la siguiente forma:

“Artículo 31. Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad “completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.”

“Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico.

“Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.” (Se subraya)

De la anterior transcripción puede concluirse que los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil - celular, forman parte específicamente y por ley de los servicios básicos que a su turno hacen parte del gran concepto de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, del artículo 31 se desprende que los servicios de valor agregado constituyen una categoría distinta a la de los básicos y que también forman parte del concepto genérico de los servicios de telecomunicaciones ya referidos. Vale la pena resaltar que el artículo en comento establece que sólo se consideran servicios de valor agregado aquellos que se pueden diferenciar de los servicios básicos dentro de los cuales, como se puntualizó, se encuentra la telefonía móvil celular.

En este punto es pertinente hacer referencia al artículo 4 del Decreto 741 de 1993, que prescribe:

“Artículo 4º.- El servicio de telefonía móvil celular es técnicamente un servicio básico. El servicio de telefonía móvil celular, es técnicamente un servicio básico de telecomunicaciones, que proporciona en sí mismo capacidad completa, incluidas las funciones del equipo terminal, para la comunicación entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través de la interconexión con la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), entre aquéllos, y los usuarios de ésta, según las reglas establecidas en el Capítulo V de este reglamento, para efectos del presente Decreto, es usuario móvil el que se sirve de una red de telefonía móvil celular.” (Se subraya)

De la lectura del artículo transcrito se concluye que la telefonía móvil celular, de acuerdo con la clasificación dada por el Decreto Ley 1900 es un servicio básico de telecomunicaciones y dentro de esta categoría proporciona la capacidad completa para la “comunicación telefónica” que, como se vio previamente en las definiciones, se refiere a la comunicación de voz.

En armonía con lo anterior, el numeral 1.1 del pliego de condiciones de las licitaciones 045 y 046 de 1993, que dieron origen a los contratos objeto de este proceso, estableció que el objeto de la convocatoria era “(...) otorgar mediante contratos de concesión, la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular (...), tal como lo establece la Ley 37 de 1993 y el decreto reglamentario 741 de 1993.” (Se subraya)

De la simple lectura del objeto de los contratos es fácil concluir que el mismo está en un todo acorde con lo señalado por el Decreto Ley 1900 de 1990 y el artículo primero de la ley 37 de 1993 ya comentados en acápites anteriores, donde se

concluyó de manera clara que la comunicación telefónica es de voz y que la telefonía móvil celular, en este contexto, hace parte de la clasificación de servicios básicos dentro del género de servicios de telecomunicación. Así las cosas, lo concedido a los operadores fue el servicio básico de telefonía móvil celular que proporcionara en sí mismo la capacidad completa para la comunicación telefónica compuesta de los subsistemas de acceso transmisión, Core, y el de operación y mantenimiento, vale decir la red y todo lo relacionado a ella pero circunscrito a la telefonía que es, como ya se vio, limitado a la voz.

En relación con los servicios de valor agregado es pertinente señalar que en los pliegos de las licitaciones en virtud de las cuales se celebraron los contratos de concesión objeto de este proceso, se hizo referencia a tales servicios y a tal efecto se dispuso¹²¹:

“1.8.3 Servicios Suplementarios y de Valor Agregado - Adicional a los servicios básicos prestados por la red celular, el proponente puede ofrecer servicios suplementarios y de valor agregado. El concesionario debe solicitar permiso respectivo al Ministerio de Comunicaciones para teleservicios, servicio portadores y de valor agregado.”

“La siguiente es una lista parcial de los servicios suplementarios y de valor agregado:

- *Llamada en espera*
- *Intercepción de llamadas*
- *No molestar*
- *Número abreviado*
- *Restricción a llamadas salientes*
- *Restricción a llamadas entrantes*
- *Transferencia de llamadas*
- *Conferencia Tripartita*
- *Encriptación de voz*
- *Rastreo de llamadas maliciosas (uso autorizado únicamente)*
- *Transmisión de facsímil y datos dentro de banda*
- *Transmisión de facsímil y datos fuera de banda*
(Requiere autorización)
- *Teléfonos públicos*
- *Correo de Voz*
- *Servicios de Información (clima, tráfico, etc.)” (Se subraya)*

Vale la pena agregar que en las aclaraciones dentro del proceso de licitación el Ministerio precisó que los servicios suplementarios no requerían autorización en tanto que si la requerían los servicios de valor agregado, que eran los que se indicaban con un comentario entre paréntesis¹²².

En consonancia con lo anterior en una respuesta a una solicitud de aclaración

¹²¹ Folio 37 del cuaderno de pruebas No. 2.

¹²² Folio 64 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

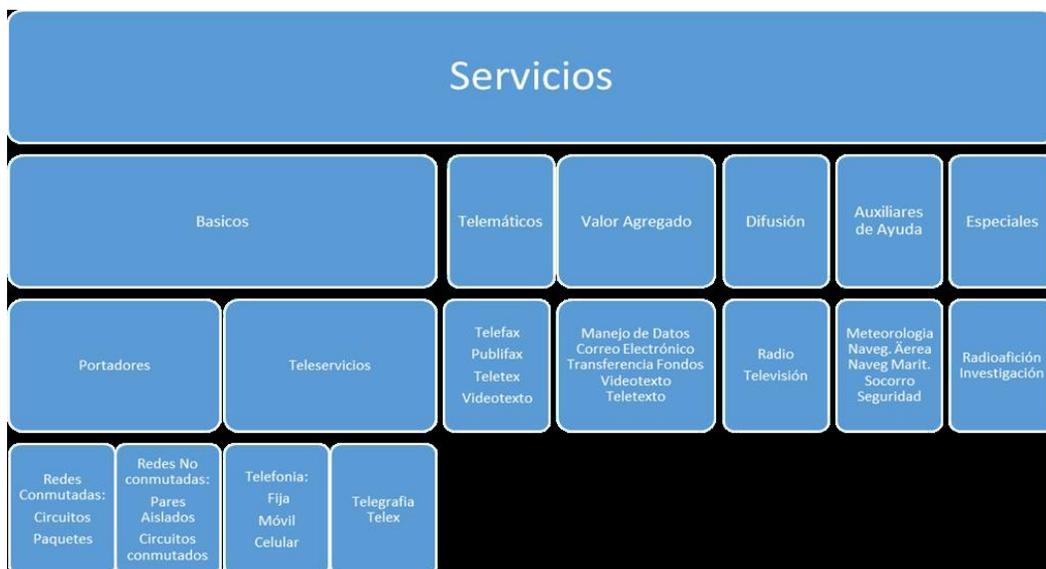
dentro del proceso licitatorio, el Ministerio contestó¹²³:

“Es correcta la apreciación de que el servicio de telefonía celular es un servicio básico. Servicio que resultará concedido y autorizado en virtud de la licitación, por consiguiente, no requerirá nuevas autorizaciones, excepto cuando se vayan a prestar otros servicios como los de valor agregado.”(Se subraya)

De esta manera, el concesionario de telefonía móvil celular no podía prestar servicios de valor agregado si no era con la autorización del Ministerio, por tratarse de servicios distintos.

Es pertinente señalar que en el dictamen pericial técnico el perito, al contestar la pregunta No. 1 del Ministerio de Tecnologías de la Información y Las Comunicaciones en la que se le solicitó “(...) *definir el alcance de los servicios que involucró la prestación del servicio de telefonía móvil celular durante la vigencia de los contratos citados*”, se refirió al Decreto 1900 de 1990 y señaló:

“Asimismo, en dicha ley también se define que los servicios básicos (entre los cuales se encuentra el servicio de telefonía móvil celular, como se anotó antes) pueden ser utilizados como soporte a otros servicios como los Telemáticos y los de Valor Agregado, los cuales, de acuerdo con la normatividad vigente al momento de la concesión, corresponden a una clasificación de servicios de telecomunicaciones diferente al servicio de TMC y requieren autorización separada para su prestación. Lo anterior se ilustra en la siguiente figura, en la cual se representa gráficamente la diferencia en la clasificación de los Servicios de TMC respecto de los demás servicios de telecomunicaciones contemplados en el TITULO III, artículos 27 a 32, del Decreto Ley 1900 del 19 de agosto de 1.990.” (Se subraya)



¹²³ Folio 143 del Cuaderno de Pruebas No. 15.

Según lo expuesto, mediante los contratos a los operadores no se les concedieron ni servicios de valor agregado y telemático ni ninguno de los otros servicios de telecomunicaciones distintos de los básicos. Cabe reiterar que los servicios de valor agregado requieren de autorizaciones o títulos habilitantes otorgados por el Estado mediante licencias o concesiones para ese propósito y, en la normativa que les era propia en la fecha de celebración de los contratos, y que estaba contenida en el Decreto 1794 de 1991, sólo se contemplaba, en su artículo 30, la reversión de las frecuencias radioeléctricas asignadas, y no la relativa a equipos e infraestructura. A este respecto es pertinente destacar que, por el contrario, dicho artículo disponía que *“El Gobierno Nacional tendrá derecho preferente para adquirir las instalaciones y equipos que el concesionario haya establecido para la prestación del servicio concedido, para lo cual tendrá la oportunidad de igualar la mejor oferta recibida”*.

Es importante señalar que el uso de la red y de numerosos bienes y elementos para la prestación de servicios de transmisión de voz y de datos es consecuencia de los avances tecnológicos, y resulta evidente que un teléfono móvil celular hoy en día sirve para ambos propósitos. Esos avances tecnológicos fueron incorporados voluntariamente por los concesionarios, y se reflejan en los elementos de red usados para las tecnologías 1G, que ya no opera, 2G y 3G, todo ello de conformidad con lo acreditado en el peritazgo técnico (Tabla, aclaración dictamen, p.17).

En la aclaración del dictamen técnico, el perito detalló las bandas de frecuencia usadas para la implementación de todas las tecnologías durante la concesión (Aclaración, p. 13), así como los elementos requeridos para prestar el servicio TMC y cuáles pueden “ser utilizados para otros servicios (en forma independiente o combinada con los servicios de TMC)”, detallando el uso para Voz, Datos, Voz, Datos y SVA (Aclaración, p. 14). Señaló *“que los subsistemas Acceso, Transmisión y O&M de la red TMC, cuando se utilizan para la prestación de otros servicios (Datos, SVA o telemáticos), comparten los elementos activos y pasivos”* (Aclaración, p. 14), y elaboró una tabla que presenta *“los elementos activos y pasivos “requeridos” para la prestación del servicio de TMC y su uso en la prestación de los diferentes servicios que se pueden prestar a través de la red”*. (Aclaración, p. 15).

En ese orden de ideas, para efectos de la aplicación de la cláusula de reversión se tiene que hay elementos y bienes que se usan para prestar servicios de voz y de datos; y lo relevante estriba no en dicho uso doble, sino en que, como se dice en la aclaración del peritazgo técnico. *“(…) la evolución tecnológica ocurrida sobre la red de los concesionarios, se produjo entre los años 1994 a noviembre de 2013 en ejecución de los contratos de concesión, por lo tanto, la prestación del servicio TMC durante estos años se realizó haciendo uso de estas nuevas tecnologías instaladas”* (Aclaración, p. 18).

Ahora, cuál es la implicación contractual de que los bienes se usen para prestar servicios de telefonía móvil celular, y servicios de valor agregado asociados a licencias distintas del contrato de concesión objeto del litigio; o, como fue preguntado al perito técnico en las aclaraciones, *“¿Podría suponerse que el servicio TMC está referido al servicio de voz dado que otros servicios –como datos u otros servicios de valor agregado- están asociados a licencia diferentes?”* (Aclaración

1.2.2. pedida por Comcel); y ello teniendo en consideración que al contestar, el perito señaló a propósito del “servicio de TMC incluido en la concesión”, que “*La concesión se refiere al Servicio de Telefonía Móvil Celular..., que ofrece capacidad telefónica, es decir, comunicaciones de voz (...)*.” (Aclaración P. 18)

Al perito técnico se le preguntó si “¿Es correcto decir que la telefonía móvil celular se refiere exclusivamente a servicios de voz?”, y a tal efecto expresó¹²⁴:

“Para responder el interrogante planteado, se debe precisar que la expresión “Telefonía Móvil Celular” comprende dos conceptos íntimamente ligados: la Red de Telefonía Móvil Celular y el Servicio de Telefonía Móvil Celular. Ambos aspectos se encuentran definidos en la Ley 37 de agosto 19 de 1990 y el Decreto Ley 741 de abril 20 de 1993.

“En efecto, la Ley 37 de enero 6 de 1993, “Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.”, define la Red de Telefonía Móvil Celular así:

“Artículo 2.- Redes de telefonía móvil celular. Las redes de telefonía móvil celular son las redes de telecomunicaciones, que interconectadas entre ellas o a través de la red telefónica pública conmutada, permiten un cubrimiento nacional, destinadas principalmente a la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular, en las cuales el espectro radioeléctrico asignado se divide en canales discretos, los cuales a su vez son asignados en grupos de células geográficas para cubrir una área. Los canales discretos son susceptibles de ser reutilizados en diferentes células dentro del área de cubrimiento.” (Subrayado fuera de texto).

“De la definición técnica anterior se deduce que las redes de Telefonía Móvil Celular se destinan principalmente, pero no exclusivamente, a la prestación al público del servicio de telefonía móvil celular. En efecto, desde el punto de vista técnico, las redes de telefonía móvil celular, además del servicio de telefonía móvil celular, pueden soportar una variedad de servicios de telecomunicaciones más avanzados como lo son la mensajería de texto, mensajería de voz, datos, navegación en internet, comunicaciones de video, banca móvil, correo electrónico, etc.

“Por lo tanto desde el punto de vista técnico, no se puede afirmar que la expresión “Telefonía Móvil Celular” como significado de red, se refiere exclusivamente a servicios de voz.

“Por su parte, el Decreto Ley 741 de abril 20 de 1993¹²⁵, “Por el cual se reglamenta la Telefonía Móvil Celular”, define el Servicio de Telefonía Móvil Celular de la siguiente forma:

¹²⁴ Páginas 115 y siguientes del Dictamen pericial técnico.

¹²⁵ Precisa el Tribunal que el perito se refiere al Decreto 741 de 1993 como a un decreto ley, lo que constituye un error porque el mismo se expidió en ejercicio de las facultades otorgadas por el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, esto es en desarrollo de la potestad reglamentaria.

“Artículo 4.- EL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR ES TECNICAMENTE UN SERVICIO BASICO. El servicio de telefonía móvil celular, es técnicamente un servicio básico de telecomunicaciones, que proporciona en sí mismo capacidad completa, incluidas las funciones del equipo terminal, para la comunicación entre usuarios de la red de telefonía móvil celular y, a través de la interconexión con la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), entre aquellos, y los usuarios de ésta, según las reglas establecidas en el Capítulo V de este reglamento.

“Para efectos del presente Decreto es usuario móvil el que se sirve de una red de telefonía móvil celular. (...)”

“Es claro entonces, que desde el punto de vista técnico, el Servicio de Telefonía Móvil Celular, corresponde a la clasificación de Servicios Básicos los cuales están definidos en el artículo 28 de la Ley 1900 de agosto 19 de 1990, así:

“ARTICULO 28. Los servicios básicos comprenden los servicios portadores y los teleservicios...

“... Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil-celular, la telegrafía y el télex. (...)” (Resaltados fuera de texto).

“Asimismo, en dicha ley también se define que los servicios básicos (entre los cuales se encuentra el servicio de telefonía móvil celular) pueden ser utilizados como soporte a otros servicios como los Telemáticos y los de Valor Agregado¹²⁶.

“Es decir, que desde el punto de vista técnico, tampoco se puede afirmar en general, que la expresión “Telefonía Móvil Celular” como significado de servicio, se refiere exclusivamente a servicios de voz.”

Es pertinente destacar que en su respuesta el perito precisó que desde el punto de vista técnico no se puede afirmar en general que la expresión telefonía móvil celular se refiera exclusivamente a servicios de voz y señala que los servicios básicos, como es la telefonía celular, pueden ser usados como soporte de otros servicios,

¹²⁶ARTICULO 30. Servicios telemáticos son aquellos que, utilizando como soporte servicios básicos, permiten el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos. Forman parte de éstos, entre otros, los de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax. (Subrayado fuera de texto)

ARTICULO 31. Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte básico, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. (Subrayado fuera de texto)

como los telemáticos y los de valor agregado, que como el perito lo señala en otro aparte de su dictamen, requieren autorización y no estarían comprendidos en la concesión.

En sus aclaraciones al dictamen técnico el perito expresó:

“En resumen, el Servicio de TMC objeto de la concesión, es un servicio que está clasificado en la categoría de Servicio Básico, sub categoría Teleservicios y tal como se mencionó en el dictamen técnico “... la concesión otorgada se refería específicamente al Servicio de Telefonía Móvil Celular (TMC).”². Por lo tanto, los servicios de la clasificación anterior, diferentes al de TMC, no estarían comprendidos dentro del alcance de la concesión.”¹²⁷ (Se subraya)

Adicionalmente el perito técnico¹²⁸ señaló que:

“En el Decreto Número 1900 de 1.990 (Normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines), TITULO III Servicios de Telecomunicaciones, CAPITULO I, ARTICULOS 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 se definen los servicios de telecomunicaciones y los clasifican en: básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

“El artículo 31 del mencionado decreto dice: ‘Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte básico, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

“Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico.

“Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.’

“ ...

“Atendiendo la normatividad reglamentada con este decreto de orden nacional, se concluye que los servicios de mensaje de texto (SMS), internet móvil y datos entran dentro de la clasificación de Servicios de Valor Agregado”¹²⁹.

Igualmente, el perito precisó que los servicios de SMS y de datos tienen el carácter

¹²⁷ Vid. Documento de Aclaraciones y Complementaciones del peritaje técnico realizado por ASITEC, 22 de mayo de 2017. Página 38.

¹²⁸ Vid. Dictamen Pericial Técnico realizado por ASITEC, aportado el 27 de febrero de 2017.

¹²⁹¹²⁹ Vid. Pág. 122. *Ibidem*.

de servicios de valor agregado, y el servicio de internet móvil el de servicio telemático, para lo cual expresó:

“Desde el punto de vista técnico, los servicios de SMS y de datos reúnen las características técnicas sobre acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada y por lo tanto, se ajustan a la clasificación de servicios de valor agregado; el servicio de internet móvil a las de un servicio telemático. Estas características se contemplan en el título III, artículos 27 a 32 de la ley 1900 de 19 de agosto de 1990.

“En las definiciones dadas en la mencionada ley se puede deducir que los Servicios de Valor Agregado se diferencian de los Servicios Básicos si cumplen uno cualquiera de los siguientes requisitos:

- *Se soportan en servicios básicos y se diferencian de éstos porque suplen nuevas facilidades o satisfacen nuevas necesidades en relación al servicio básico que usen como soporte.*
- *Se soportan en servicios telemáticos o de difusión. En este caso se cumple el requisito de diferenciación toda vez que, por definición, su soporte es un servicio distinto al servicio básico.*

“El servicio SMS se soporta sobre el servicio de TMC que es un servicio básico y suple nuevas facilidades, por lo tanto, es un Servicio de Valor Agregado.

“El servicio de datos se soporta sobre el servicio de TMC y satisface nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones, por lo tanto, es un servicio de valor agregado.

“En las definiciones dadas en la mencionada ley se puede deducir que los Servicios Telemáticos se diferencian de los Servicios Básicos por:

- *Usar a estos como soporte y*
- *Usar interfases y protocolos abiertos.*

“El servicio de internet móvil se soporta sobre el servicio de TMC y utiliza el protocolo IP establecido para sistemas de interconexión abiertos, por lo tanto, es un servicio telemático.”¹³⁰

De esta manera precisa el perito que el servicio de telefonía móvil celular es, de acuerdo con las normas legales, un “Servicio Básico, sub categoría Teleservicios”, y que los demás servicios de su clasificación no están incluidos en la concesión de telefonía móvil celular. Es este el caso del servicio de valor agregado que se prestaba utilizando la misma red de telefonía móvil celular.

Por otra parte debe observarse que el perito técnico presentado por el Demandante expresó:

¹³⁰ Págs. 74 y 75 de las Aclaraciones al dictamen técnico.

“SR. ARAQUE: Si me permiten yo quisiera intervenir allí, es claro que los contratos son de telefonía móvil celular, ahora, hay que mencionar que con la evolución del sistema porque el sistema de telefonía móvil celular fue pensado inicialmente para voz pero ha tenido una evolución explosiva integrando nuevos servicios, es así que hoy el término telefonía móvil celular en realidad aplica a todo lo que pueda ser transportado a través de una red móvil celular.

“Estamos hablando de voz, datos, mensajes y demás, es decir, es el término generalizado en el día de hoy en el ámbito técnico para referirse a todas las tecnologías que soportan estos servicios.”

Como se puede apreciar, el perito presentado por la Demandante señala que inicialmente el servicio de telefonía móvil celular se pensó para voz, pero posteriormente se integran otros servicios. En todo caso cuando se trataba de servicios de valor agregado, los mismos debían ser objeto de una autorización especial, lo que significa que no formaban parte de la concesión de telefonía móvil celular.

En este caso surge entonces la pregunta de cómo debe procederse, en términos del alcance de la reversión, cuando se utilizan bienes para prestar un servicio en virtud de un contrato que contempla la reversión de los bienes afectados a dicho servicio, y al mismo tiempo esos bienes sirven para prestar otros servicios, con la autorización de la autoridad competente, bajo un régimen que no contempla la reversión de bienes.

Para efectos del proceso se pueden plantear dos respuestas: la primera consiste en señalar que debería haber reversión de todos los elementos necesarios para prestar el servicio; y la segunda que la reversión sólo puede recaer sobre lo afectado directamente al servicio, pero sin cobijar los bienes afectados para prestar otros servicios no concesionados.

El primer criterio es sostenido por la parte Demandante y se origina en la consideración de que la reversión tiene por propósito asegurar la continuidad en la prestación del servicio. Tal propósito no se lograría si no revierten la totalidad de los bienes que se requieren para prestar el servicio.

El segundo criterio, parte del texto mismo de la cláusula que prevé la reversión de los bienes afectados al servicio, y considera la protección del derecho de propiedad privada del concesionario, la posibilidad de desarrollar los otros servicios para los cuales ha sido autorizado, que implican la reversión de las frecuencias radioeléctricas asignadas y no de activos, para cuya adquisición el Gobierno tiene un derecho preferente, si iguala la mejor oferta recibida por el concesionario.

Es pertinente señalar que adoptar una solución que condujera a imponer la reversión de todos los equipos o su equivalente económico, iría en contra del principio del equilibrio económico del contrato estatal, pues se privaría de sus activos a una parte que realizó cuantiosas inversiones para desarrollar una

infraestructura que le permitiera transmitir datos además de voz, a pesar de que ella cuenta con la autorización para prestar servicios distintos de los de telefonía celular, y de que era lícito que empleara la misma infraestructura para ambos servicios, y máxime que, como ya se anotó, el régimen legal de tales servicios, vigente al momento de la celebración de los contratos de concesión, no preveía la reversión de activos, sino únicamente del espectro radioeléctrico.

Por lo anterior, a juicio del Tribunal la solución que corresponde de acuerdo con los principios legales a los que se ha hecho referencia, es que en una red que se emplea tanto para el servicio de voz (telefonía) como para el servicio de datos que implican un valor agregado, la reversión prevista en el contrato de concesión para telefonía móvil solo opera sobre la parte correspondiente a voz.

Ahora bien, en este punto debe observarse que los bienes afectados a la prestación del servicio de telefonía móvil celular y a la prestación de los otros servicios de telecomunicaciones no incluidos en aquella, se utilizan por las Demandadas para la prestación de los servicios a los usuarios en virtud de los contratos celebrados y las licencias otorgadas, por lo cual una reversión física de los activos correspondientes a la entidad concedente, conduciría a afectar la debida prestación del servicio, en forma contraria al deber del Estado de asegurar la continuidad en dicha prestación. En este sentido prospera la excepción que denominó COMCEL “La reversión pretendida por la convocante es técnicamente imposible...”, y que desarrolló bajo el subtítulo “Inconveniencia e imposibilidad técnica de la reversión pretendida”, pero sólo respecto de la reversión física.

Vale la pena señalar en cuanto a la excepción denominada “*Ausencia de derecho a obtener una reversión con el alcance indicado por la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*” bajo el título “Imposibilidad de cumplimiento”, que la misma no puede prosperar en cuanto en ella se dice que si se pudiera sostener que existía obligación de revertir bienes adicionales a las frecuencias, esta “*resulta imposible de cumplir pues, o bien no existe o su valor actual es cero*”. En efecto en este Laudo se expone que si bien no cabe la reversión física de los activos tal como han sido definidos, si hay lugar a reconocer una compensación económica.

Por las razones ya expuestas el cumplimiento de la reversión de los activos afectados a la prestación del servicio se debe realizar mediante el pago de la compensación por equivalente económico que se determina más adelante en este laudo.

2.4 CONCLUSIONES

De todo lo anterior se desprende que debe prosperar la pretensión que se identifica con el numeral 1.1. y por ello se declarará que la cláusula trigésima tercera de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 celebrados por el Ministerio de Comunicaciones cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. y Comunicación Celular S.A.

Comcel S.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para los operadores celulares mencionados, conforme lo establecen los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano.

Dado que no se puede disponer la reversión física de todos los elementos, equipos, infraestructura y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular, se negarán las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5.

Por lo anterior prospera la pretensión subsidiaria de compensación por equivalente económico, en relación con los elementos y bienes directamente afectados a las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, al momento de la terminación de los respectivos contratos.

Adicionalmente, por las razones expuestas, se negarán las excepciones que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES denominó: “Ausencia de derecho a obtener una reversión sobre bienes distintos del espectro”; “Ausencia de derecho a obtener una reversión con el alcance indicado por La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

Igualmente se negarán las excepciones que Comcel denominó: *“cumplimiento del contrato. Lo único que debía revertir Comcel era el espectro radioeléctrico”*; *“indebida interpretación de la Corte Constitucional”*; *“reversión exclusiva del espectro radioeléctrico a cargo de Comcel, por interpretación de la cláusula 33 de los contratos”*, y *“obligación de Comcel bajo los contratos obligaban (sic) a revertir - antes del cambio legislativo- exclusivamente lo relacionado a la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta la estación base y viceversa dentro del Plan Mínimo de Expansión.”*

Por el contrario, frente a las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5, prospera la excepción denominada “la reversión pretendida por la Convocante es técnicamente imposible”.

3 LA RESTITUCIÓN DE ACTIVOS INSTALADOS PARA CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE HACER PARA PAGAR ESPECTRO ADICIONAL

En la demanda se solicitó:

“5- SOBRE LA “RESTITUCION” DE ACTIVOS INSTALADOS PARA PAGAR EL ESPECTRO ADICIONAL OTORGADO A LOS CONCESIONARIOS

“5.1 Que se declare que los bienes, elementos e infraestructura adquiridos, instalados y construidos por TELEFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A hoy COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, necesarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas por el MINISTERIO en cumplimiento de la “obligación de hacer” de conformidad con la modificación a los Contratos de Concesión números 000001, 00002 y 00003 de fecha 28 de marzo de 2005, son de propiedad de la NACION

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES.

“5.2 Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a restituir a la NACION-MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, tales bienes, elementos e infraestructura.

“5.3 Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., no dispone de las unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se le ordene abonar a la NACION-MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, los respectivos daños y perjuicios.

“5.4 Que como consecuencia de la anterior declaración y en el evento que no pueda cumplirse esa obligación sin afectar la continuidad en la prestación del servicio o por cualquier otra razón imputable al obligado, u otra razón legal o técnica, se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP a pagar a la NACION-MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico correspondiente a tales activos.

“5.5 Que se declare que los bienes, elementos e infraestructura adquiridos, instalados y construidos, necesarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas por el MINISTERIO en cumplimiento de la "obligación de hacer" para pagar el espectro adicional otorgado a COMCEL S.A, OCCEL S.A, Y CELCARIBE S.A., de conformidad con la modificación a los Contratos de Concesión números 000004, 00005 y 00006 de fecha 30 de diciembre de 2004, son de propiedad de la NACION- MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES.

“5.6 Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A a restituir a la NACION MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES tales bienes, elementos e infraestructura.

“5.7 Que, si por cualquier circunstancia que le fuere imputable a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A., no se dispone de las unidades pertinentes o se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal, se le ordene abonar a la NACION MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES los respectivos daños y perjuicios.

“5.8 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y en el evento que no pueda cumplirse la obligación de restitución sin afectar el servicio o por cualquier otra razón imputable al obligado, u otra razón legal o técnica, se condene a COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A a pagar a la NACION- MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA

INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, el equivalente económico correspondiente a tales bienes, elementos e infraestructura.

3.1 POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

En la demanda se señala que los activos adquiridos, instalados y construidos por los concesionarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en los anexos respectivos, son de propiedad del Ministerio, pues corresponden al pago del espectro adicional que les fue asignado para su uso y explotación durante la vigencia de las concesiones, las cuales finalizaron el 28 de noviembre de 2013 por la terminación anticipada de los contratos números 00004, 00005 y 00006, con lo cual procede ahora la "restitución" de los mencionados activos al Estado.

3.2 POSICIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Por su parte el apoderado de la Agencia señala que en el caso de las modificaciones al contrato del 30 de diciembre de 2004, se acordó que parte del pago de los concesionarios al Ministerio por el espectro adicional asignado, se haría a través de la obligación de hacer determinada infraestructura con el fin de lograr una cobertura adicional, por lo que es de entender que los bienes adicionales instalados por los concesionarios, inherentes a la cobertura de servicio –sin infraestructura no hay cobertura-, fue el pago pactado por el espectro adicional. Advierte que si bien la contraprestación hubiera podido ser la prestación del servicio de cobertura en carreteras (1.500 km), para que ello –el servicio- fuera la contraprestación y no los activos, entonces el operador no incluiría en la tarifa cobrada por el servicio de telefonía móvil celular en carretera, el componente relacionado con la inversión, pero si en realidad recibió –como se predica que lo hizo según los testimonios sin que medie prueba en contrario- la tarifa completa por esos servicios, entonces el servicio no lo dio a usuarios sin cobro (por beneficio colectivo aceptado por el Estado como contraprestación social y de seguridad), para pagar al Estado el espectro adicional recibido, simplemente lo prestó y lo cobró. Entonces ¿qué fue lo que dio al Estado como contraprestación por la porción del espectro adicional? No fue el servicio, y los deponentes (el ex viceministro German González, la ex ministra de De Hart) insisten que era la “cobertura”, es decir, no los costos de inversión sino ¿los costos de operación y mantenimiento?, tampoco hay prueba de ello, la uniforme manifestación es que ese servicio se cobraba a los usuarios.

Queda entonces sólo el componente físico, es decir, la infraestructura sería del Estado, estaría en cabeza de éste para así entender que, si bien la operó y la mantuvo el concesionario, es con ella, a través de la inversión en la misma, que éste –el operador móvil- remuneró al Estado por la asignación del espectro adicional. Los deponentes coincidieron en que el espectro se valoraba y ese valor se reflejaría en la inversión en infraestructura, por consiguiente, la infraestructura correspondiente a esa obligación de hacer, no es que “revierta” al Estado, es que siempre ha sido del Estado y solo volvería a él la tenencia, esto es una restitución de esos bienes procedería con la terminación del contrato.

Agrega que el ejercicio financiero que se llevó a cabo para valorar la obligación de hacer ejecutada por los concesionarios, fue una valoración de la infraestructura que desplegaron realmente estos para garantizar el cubrimiento de los 1.500 kilómetros exigidos por las modificaciones de tal manera que se pudiera equiparar lo efectivamente hecho, con el valor del espectro asignado.

3.3 POSICIÓN DE LAS DEMANDADAS

Las Demandadas se opusieron a dichas pretensiones destacando que como contraprestación a la asignación de espectro adicional se había pactado una obligación de hacer y no una obligación de dar. Además, expresaron que la solicitud de restitución de estos bienes omite tener en cuenta lo dispuesto por el Decreto 4234 de 2004, en el cual se determinó que los bienes que instalen los operadores serían de su propiedad.

3.4 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No existe discusión entre las partes sobre el hecho de que se otorgó espectro adicional a cambio de una obligación de hacer. La controversia se centra en definir si los bienes que se utilizaron para tal efecto son de la Nación y por ello deben ser restituidos a la Convocante.

Para dilucidar este aspecto considera el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, las bases del procedimiento para asignar el espectro adicional fueron determinadas por el Decreto 4234 de 2004 en el cual se establecieron *“las condiciones y se determina el procedimiento para otorgar espectro adicional a los operadores de servicios de telefonía móvil”*. A tal efecto, en el artículo 5º de dicho Decreto se previeron unas contraprestaciones por el derecho de uso del espectro adicional, las cuales consistían en una contraprestación inicial, cuyo mecanismo de pago sería determinado por el Ministerio de Comunicaciones, y un pago periódico de un cinco por ciento de los ingresos brutos.

Por otra parte, el artículo 7º del mencionado decreto dispuso:

*“Artículo 7º. Obligaciones y derechos. Aquellos concesionarios a quienes se les asigne espectro adicional, deberán suscribir con el Ministerio de Comunicaciones una modificación al contrato donde se incluyan los nuevos derechos y obligaciones derivadas de la asignación de espectro adicional.
“Parágrafo. La infraestructura y redes que instalen los operadores a los cuales se les asigne espectro adicional en virtud de las obligaciones de expansión y cobertura que imponga el Ministerio de Comunicaciones, serán de propiedad del operador.” (Se subraya)*

De esta manera, el Decreto dispuso la celebración de una modificación al contrato, y señaló que la infraestructura y redes que instalaran los operadores en virtud de las obligaciones de expansión y cobertura que impusiera el Ministerio de Comunicaciones, serían de propiedad del operador.

En desarrollo de lo anterior, se suscribieron las modificaciones a los contratos de concesión. Así, el Contrato de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular número 000001 del 28 de marzo de 1994, fue modificado por el documento del 28 de marzo de 2005 (folio 402 y siguientes del cuaderno de Pruebas No 2) en el cual se dijo:

“CLÁUSULA PRIMERA.- párrafo 1 de la cláusula primera del CONTRATO quedará así:

“PARÁGRAFO 1: El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red B y en el área OCCIDENTAL en las bandas de frecuencias asignadas de 835,02 a 844,98 MHz, de 846,51 a 848 97 MHz y de 1870,00 1877,50 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 880,02 a 889,98 MHz, de 891,51 a y de 1950,00 MHz a 1957,50 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias.

“CLÁUSULA SEGUNDA.- VALOR Y FORMA DE PAGO. El valor de la presente Modificación, que adiciona el valor del CONTRATO, consagrado en la cláusula sexta del mismo; será fijado por el estudio contratado por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, el cual determinará el valor del espectro adicional que por esta Modificación se asigna. Este estudio tendrá en cuenta entre otros factores, la cantidad de espectro asignado, tiempo durante el cual se asigna el espectro, variables de mercado y técnicas aplicables al momento de la firma de la presente modificación.

“El valor que arroje el estudio será pagado por el CONCESIONARIO mediante el cumplimiento de una obligación de hacer, consistente en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el anexo No. 1 a la presente modificación. Dicha obligación de hacer será valorada mediante estudio contratado por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES.”
(Se subraya)

A folios 460 y siguientes y 507 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 2 obran las modificaciones a los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular número 000002 y 000003, cuyo texto coincide con el transcrito, salvo en lo que se refiere al área objeto de prestación del servicio (Costa Atlántica y Occidental).

Así mismo, a folio 221 y siguientes del cuaderno de pruebas No 11 obra la modificación al Contrato de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular número 000004 del 28 de marzo de 1994 celebrado con Comcel. En dicha modificación, firmada el 28 de marzo de 2005, se expresa:

“CLÁUSULA PRIMERA.- párrafo 1 de la cláusula primera del CONTRATO quedará así:

"PARÁGRAFO 1: El servicio de telefonía móvil celular objeto de este contrato de concesión se prestará en la red A y en el área ORIENTAL en las bandas de frecuencias asignadas de 824,04 a 825,00 MHz, de 825,03 A 834,99 MHz, DE 845,01 a 846,48 mhz y de 1877,50 a 1885,50 MHz para transmisión desde la estación móvil hacia la estación base, y de 869,04 a 870,00, de 870,03 a 879,99 MHz, de 890,01 a 891,48 y de 1957,00 MHz a 1965,00 MHz para transmisión desde la estación base hacia la estación móvil de conformidad con el Pliego de Condiciones y las normas reglamentarias.

"CLÁUSULA SEGUNDA.- VALOR Y FORMA DE PAGO. El valor de la presente Modificación, que adiciona el valor del CONTRATO, consagrado en la cláusula sexta del mismo; será fijado por el estudio contratado por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, el cual determinará el valor del espectro adicional que por esta Modificación se asigna. Este estudio tendrá en cuenta entre otros factores, la cantidad de espectro asignado, tiempo durante el cual se asigna el espectro, variables de mercado y técnicas aplicables al momento de la firma de la presente modificación.

"El valor que arroje el estudio será pagado por el CONCESIONARIO mediante el cumplimiento de una obligación de hacer, consistente en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas en el anexo No. 1 a la presente modificación. Dicha obligación de hacer será valorada mediante estudio contratado por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES."(Se subraya)

A folio 299 y siguientes y 362 y siguientes del cuaderno de pruebas No 11 obran las modificaciones a los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular números 000005 y 000006 del 28 de marzo de 1994 en los cuales se incluye una cláusula semejante a la transcrita, aunque cambia el área (Occidental y Costa Atlántica).

De esta manera, en los diversos contratos de concesión se pactó, en primer lugar, que el valor del espectro adicional sería fijado por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones y, en segundo lugar, que el valor de dicho espectro sería pagado mediante el cumplimiento de una obligación de hacer consistente en cubrir, con el servicio de telefonía móvil, las rutas indicadas en el anexo del contrato para un total de 1.500 kilómetros adicionales. A tal efecto se pactó que dicha obligación de hacer sería valorada por un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones. Así mismo, se estipuló un valor para el espectro adicional si no se realizaban los estudios previstos.

Por otra parte, obran en el expediente las Resoluciones 2720 del 30 de diciembre de 2004¹³¹ y 000508 del 28 de marzo de 2005¹³². del Ministerio de Comunicaciones "por la cual se atribuyen y asignan unas bandas de frecuencias radioeléctricas para la operación y prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular y se dictan otras disposiciones". Por la primera de dichas resoluciones se asignan las frecuencias a

¹³¹ Folio 377 del cuaderno de pruebas No. 11.

¹³²Folio 379 del cuaderno de pruebas No. 11.

Comcel, OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR y a CELCARIBE, a las que se hace referencia en las modificaciones a los contratos de concesión, y por la segunda, se asignaron a Telefónica Móviles Colombia S.A. las frecuencias a las que se refiere la modificación suscrita a los contratos en que ella es parte.

Adicionalmente consta que el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 000853 del 8 de marzo de 2007 (folio 414 del cuaderno de pruebas No 11) *“Por la cual se establece el valor del espectro adicional, en los términos del Decreto 4234 de 2004”*. En la parte motiva de dicha Resolución se hace referencia a la contratación del estudio para la valoración de la obligación de hacer, y se dice que para dar cumplimiento al contrato se contrataron los estudios correspondientes en dos partes, así: *“Estudio de la valoración de Instalación de infraestructura de algunas carreteras de Colombia, realizado por la Unión Temporal CTFD - PRECOOM, la cual definió el costo por kilómetro de carretera”, y “- Estudio del cubrimiento efectivo por parte del operador, efectuado por CINTEL a través del Convenio Especial de Cooperación Interadministrativo 144 de 2005, el cual realizó un Drive Test de supervisión de cobertura de radiofrecuencia.”*

En la citada Resolución se determinó el valor del espectro adicional contemplado *“en la modificación de los contratos de concesión suscritos entre el Ministerio de Comunicaciones y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., números 000001, 000002 y 000003 28 de marzo de 2005”* en un monto de US\$29.710.843,37, y se determinó el valor de la obligación de hacer en US\$30.011.017,46. Así mismo se señaló que *“se entiende que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. cumplió con su obligación de hacer, derivada de la asignación de espectro adicional, sin que surja a su favor derecho alguno de reembolso”*.

Igualmente obra en el expediente la Resolución 00854 de 8 de marzo de 2007, folio 416 del Cuaderno de Pruebas No 11, la cual tiene en su parte motiva el mismo contenido que la resolución 000853 y que en su parte resolutive determina el valor del espectro adicional contemplado en la modificación de los contratos de concesión 000004, 000005 y 000006 en US\$30.499.950,22. Así mismo señala que el valor de la obligación de hacer contemplada en la modificación de los contratos de concesión es de US\$40.491.971.72 por lo que indica que *“se entiende que COMCEL S.A. cumplió con su obligación de hacer, derivada de la asignación de espectro adicional, sin que surja a su favor derecho alguno de reembolso”*.

Partiendo de lo anterior, debe entonces el Tribunal determinar si, como se solicita en la demanda, se debe declarar que los bienes, elementos e infraestructura adquiridos, instalados y construidos por Telefónica Móviles Colombia S.A hoy Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, y por Comunicación Celular S.A. Comcel, necesarios para cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas indicadas por el MINISTERIO, en cumplimiento de la *“obligación de hacer”* de conformidad con la modificación a los Contratos de Concesión números 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de fecha 28 de marzo de 2005, son de propiedad de la Nación- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y por ello, deben ser restituidos a la misma.

Lo primero que se aprecia es que en las modificaciones a los contratos que se

hicieron para efectos de la asignación de espectro adicional se estipuló que el valor de dicho espectro “*será pagado por el CONCESIONARIO mediante el cumplimiento de una Obligación de hacer, consistente en cubrir con el Servicio de telefonía móvil celular las rutas Indicadas en el anexo No. 1 a la presente Modificación*”.

De conformidad con el tenor literal de los contratos, lo que se pactó con los operadores fue una obligación de hacer, consistente en cubrir con el servicio de telefonía móvil celular las rutas, y no una obligación de dar. La obligación de hacer era prestar el servicio de telefonía móvil, pero no se pactó que los equipos que se utilizaran serían transferidos a la Nación.

Es claro que jurídicamente las obligaciones de dar y de hacer son estructuralmente diferentes, y por ello siempre han sido distinguidas por la jurisprudencia y la doctrina. En tal sentido señalaba Guillermo Ospina Fernández¹³³:

“OBLIGACIONES DE DAR Y DE HACER.— Es una subclasificación muy importante de las obligaciones positivas. En términos corrientes, las obligaciones positivas son siempre obligaciones de hacer, pues su objeto es la ejecución de actos positivos, dentro de los cuales queda comprendido el que consiste en dar una cosa. Sin embargo, la expresión dar (dare) tiene un significado especial en el léxico jurídico: equivale a transferir la propiedad plena o desmembrada o la propiedad fiduciaria y, también, a la desmembración misma de la propiedad o a la constitución de fideicomiso o de gravamen en cosa singular o en cosa de género. Las obligaciones de hacer se reducen, pues, a las que tienen por objeto un acto positivo del deudor, como la prestación de un servicio y a las que tienen por objeto la entrega de una cosa, siempre y cuando que tal entrega no implique mutación de la propiedad, como la que debe hacer el arrendador al arrendatario o el depositario al depositante.”(Se subraya)

De esta manera, es de la esencia de la obligación de hacer que ella no implique mutación de la propiedad.

En el mismo sentido don Luis Claro Solar al referirse a las obligaciones de hacer expresaba¹³⁴:

“Las obligaciones de hacer o no hacer son todas las que tienen por objeto la ejecución o no ejecución, distinta de una entrega que deba efectuarse en virtud de una obligación de dar.” (Se subraya)

Igualmente, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodonovic señalaban¹³⁵:

¹³³ Teoría General de las Obligaciones, Editorial Temis, 1976, página 29.

¹³⁴ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1979, Tomo Décimo, página 548.

¹³⁵ Tratado de las Obligaciones., Ed Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. Santiago 2001, Volumen I, Página 172.

“La otra especie de obligación positiva es la de hacer. Es aquella cuya prestación consiste en cualquier acto o hecho que no sea dar o entregar una cosa.” (se subraya)

En este mismo sentido decía Fernando Hinestrosa¹³⁶:

“En sentido estricto, la obligación de dar corresponde a la categoría romana de dare rem y, por lo mismo, consiste, técnicamente, en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella (art. 740 c. c.); sin embargo, ha de recordarse que en el propio derecho romano “el dare indicaba [también] la entrega de un objeto a cualquier título, incluso sin transferir un derecho sobre él”, como también ha de tenerse presente que en el sentir y el hablar general de las gentes hay una sinonimia entre dar y entregar, de suerte que no resulta descabellado señalar que la prestación de dar comprende el “transferir, restituir o entregar” una cosa, actuaciones que abarcan toda la gama de posibilidades de conducta del obligado relativa a un objeto, corporal o incorporal, respecto del acreedor, pero teniendo bien presente que la transferencia o la constitución del derecho real, así llegue a realizarse mediante la sola entrega de la cosa o exija dicha entrega (art. 922 c. co.), no se confunde con esta, y que en rigor, conceptual y práctico, la obligación de dar y la de entregar tienen caracteres, funciones y efectos diferentes (arts. 740 y ss., 754 y s., 756 y ss. c. c.).”(Se subraya)

Y en cuanto a las obligaciones de hacer (Ibidem, página 205), añadía el mismo autor:

“Son aquellas cuyo objeto consiste en una actividad del deudor, material (arts. 2053 y ss. c. c.) o intelectual (arts. 2063 y ss. c. c.), ora tomada como labor, ora considerada en su resultado (opera, opus).”

Más aún, cuando se parte de la existencia de una obligación de dar, esta puede implicar o suponer el cumplimiento de una obligación de hacer, como ocurre, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1605 del Código Civil, en el caso del deudor de dar un cuerpo cierto, quien está obligado a custodiarlo y conservarlo hasta la entrega, obligaciones estas cuyas prestaciones son de hacer y que hacen posible la transferencia y entrega de la cosa cierta debida.

En cambio, en este caso, el punto de partida es una obligación de hacer, pues lo que se pactó a cargo de los operadores fue la obligación de cubrir con el servicio de telefonía móvil unos kilómetros determinados de vías, y es claro que el cumplimiento de tal obligación no implicaba que los activos que se emplearan para tal fin debieran pasar a propiedad de la Nación, pues ello supondría que se hubiera pactado una obligación de dar, lo que no se hizo.

Lo anterior es, además, congruente con el Decreto 4234 de 2004 que en el parágrafo de su artículo 7º dispuso que la *“infraestructura y redes que instalen los*

¹³⁶ Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed. 2002, página 120.

operadores a los cuales se les asigne espectro adicional en virtud de las obligaciones de expansión y cobertura que imponga el Ministerio de Comunicaciones, serán de propiedad del operador”. Esta regla en sentido contrario implica que dicha infraestructura y redes no son del Ministerio de Comunicaciones.

En este punto debe abordar el Tribunal el argumento expuesto por la Agencia en el sentido de que si realmente la contraprestación por el espectro adicional fuera la prestación del servicio de cobertura en carreteras, entonces el operador no incluiría en la tarifa cobrada por el servicio de telefonía móvil celular en carretera el componente relacionado con la inversión; pero que si en realidad recibió la tarifa completa por esos servicios, entonces estos no los prestó a los usuarios sin cobro, por lo que sólo queda como contraprestación el componente físico, es decir la infraestructura.

Para aclarar este punto encuentra el Tribunal que es necesario precisar el contexto en el que se acordó como contraprestación el pago de la obligación de hacer. A este respecto se encuentra que la doctora Pinto de Hart, quien fue la Ministra de Comunicaciones de la época explicó en su declaración:

“DR. SUÁREZ: Le quiero poner de presente un otrosí por el cual se amplió el espectro asignado en los diferentes contratos en la ejecución en ese momento, estoy poniendo de presente el firmado el 28 de marzo de 2005 que obra en los folios 402 a 407 del cuaderno de pruebas No. 2. Le ruego que le dé una mirada panorámica simplemente para refrescar un poquito la memoria.

“SRA. PINTO: ¿Este me dice, que es el de la ampliación del espectro?

“DR. SUÁREZ: Sí señora, arriba aparece el objeto. Pues, ese otrosí tiene una característica que nos ha llamado la atención de tiempo atrás, y es que, en lugar de requerirle al operador pagar una suma de dinero por el derecho a usar ese espectro que allí se le asigna, se estableció que el pago se hiciese a través de una obligación de hacer, ¿usted nos podría explicar a qué obedecía ese enfoque, ¿cuál era la idea?

“SRA. PINTO: Puede que se me escapen algunas cosas pero recuerdo algunas razones para esa decisión. Una de la más importante, la presión constante, en mi buen sentido, del señor Presidente para que cada vez tuviera mayor cobertura de telefonía móvil celular en su política de seguridad democrática, era continuo recibir llamadas del Presidente diciendo estuve en tal parte y no hay cobertura de celular, sucedió tal asalto a tal población y no había comunicaciones, cuándo van a llegar los celulares a tal sitio y eso era algo del diario vivir, entonces era claro que lo que queríamos era que en una cantidad de zonas apartadas del país hubiera telecomunicaciones, hubiera forma de comunicarse con las autoridades para poder pedir ayuda a tiempo o denunciar qué había, no sé, guerrilla o cualquier cosa en algunos sitios.

“Y, era obvio que eran sitios apartados donde no había tráfico suficiente que justificara realizar una inversión porque no iba a ser rentable, o sea, no iba a ser una inversión sostenible en muchas zonas del país porque el tráfico no iba dando bienestar a esa empresa en esos sitios, ni iba a ver un consumo importante de servicios de telefonía; no tenía un sentido económico ni había manera de obligar a los operadores que ya habían cumplido con sus obligaciones iniciales a llegar a otros sitios. Lo que se persiguió era precisamente que se hicieran las redes en esos sitios, en los sitios donde precisamente se necesitaba, se enmarcaron unas zonas donde había que poner comunicaciones, esa fue una de las razones digamos que realmente se hiciera.

“A mí me correspondió como ministra ver un monto de recursos que entraban al fondo de comunicaciones, que no era un fondo parafiscal y ese fondo de comunicaciones recibió una cantidad de recursos y muchas veces esos recursos iban era al Ministerio de Hacienda, o sea, estaban en el fondo pero quien decidía sobre esos recursos, sobre el destino de esos recursos era el Ministerio de Hacienda; muchos de esos recursos o la gran mayoría no iban al sector sino que se quedaban en la gran bolsa de los fondos públicos, en un país con tantas necesidades pues eso podría terminar en cualquier otro lado pero no en el sector fortaleciendo las redes que era lo que se necesitaba en ese momento.

“Realmente, una manera de que todo lo que se pudiera hacerse se hiciera en el sector, se lograra el propósito de la ampliación de las redes en esos sitios apartados era una manera de lograrlo, era con la obligación de hacer y efectivamente así fue que se hizo y se dijo que después se iba a valorar lo que se había hecho, había que verificar que se hiciera y se iba a valorar que se hubiera hecho realmente toda esa inversión y todo eso se hizo en su momento. (...).”¹³⁷ (Se subraya)

Como se puede apreciar, la razón de ser de la obligación de hacer consistió en asegurar la cobertura del servicio de telefonía celular en una serie de carreteras, dado que, debido al consumo en esas zonas, no tenía un sentido económico para los operadores instalar la infraestructura necesaria para asegurar la cobertura del servicio. Ello no implicaba, como lo señala el apoderado de la Agencia, que no pudiera cobrarse el servicio, pues de lo que indica la doctora Pinto, era claro que lo que se cobraba por el servicio en esas zonas, no permitía cubrir la inversión requerida, razón por la cual era necesaria la actuación del Estado para que se hiciera la inversión correspondiente. Así las cosas, no encuentra el Tribunal que se haya desvirtuado el carácter de la contraprestación que se recibió a cambio de la asignación del espectro adicional.

Por otra parte, agrega el apoderado de la Agencia que el ejercicio financiero que se llevó a cabo para valorar la obligación de hacer realizada por los concesionarios, fue una valoración de la infraestructura que desplegaron realmente estos últimos para garantizar el cubrimiento de los 1500 kilómetros exigidos por las

¹³⁷ Disponible a Folio 135 del Cuaderno de Pruebas Número 27.

modificaciones de tal manera que se pudiera equiparar lo efectivamente hecho con el valor del espectro asignado.

En relación con este punto observa el Tribunal que la metodología que hayan empleado las partes para valorar dicha obligación de hacer, no cambia la conclusión a la que se ha llegado, pues no está establecido que la que se utilizó no sea adecuada para valorar el cumplimiento de la obligación de hacer, y en todo caso el hecho de adoptar una u otra metodología no puede cambiar la naturaleza de la obligación pactada.

Por las razones expuestas es claro que las pretensiones 5.1 a 5.8 presentadas por la Nación no habrán de prosperar.

Por consiguiente, habrá de prosperar la excepción que formuló Comcel en su contestación a la demanda denominada “*Inexistencia de Obligación de dar los Bienes Empleados para el Pago del Precio del Espectro Adicional Entregado en las Modificaciones al Contrato del 30 de diciembre de 2004*”

4 LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS

Procede el Tribunal en este capítulo a examinar las excepciones invocadas por las Demandadas que no han sido objeto de expreso pronunciamiento.

4.1 DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

4.1.1. Posición de Comcel

Dentro de las excepciones presentadas por Comcel con la contestación de la demanda, específicamente la distinguida con el número 8 y el siguiente título: “REVERSIÓN PRETENDIDA POR LA CONVOCANTE ES TÉCNICAMENTE IMPOSIBLE E IMPLICARÍA UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”, el apoderado estima que en el remoto caso que el Tribunal condene no solo a la reversión del espectro radioeléctrico, sino además a la totalidad de los bienes e infraestructura que ha sido dispuesta para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se configuraría un desequilibrio económico del contrato “(...) *al ser planamente aplicable la teoría de la imprevisión, respecto de los hechos ocasionados durante la ejecución del contrato, en el año 2013.*”

La situación en su opinión, se deriva “(...) *de una situación no prevista por las partes del contrato de Concesión, a saber, la expedición de la sentencia C-555 de 2013 por parte de la Corte Constitucional, como un acto general con incidencia directa en el contrato.*”

Entiende la convocada que en el caso en estudio se cumplen los requisitos para la existencia de un desequilibrio económico, vale decir:

- (i) un hecho exógeno a las partes que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato;
- (ii) un hecho que alteró en forma extraña y anormal la ecuación económica del contrato; un hecho que no fue razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

4.1.2. Posición de Telefónica – La excepción denominada “Derecho a una Compensación”.

Al plantear esta excepción Telefónica señaló que la reversión incoada por parte del Ministerio constituye una ambición que llevaría a dicha entidad a un enriquecimiento sin causa.

Expresa que ello ocurre porque desde la concepción del contrato de concesión no se determinó cuáles bienes serían objeto de dicha restitución, ni la forma de su amortización.

Señala que durante los veinte años de ejecución de los contratos de concesión, la telefonía móvil modificó el panorama económico nacional. La industria móvil hizo que la economía del país fuera más sólida, próspera y competitiva.

Agrega que no tendría sentido revertir una red cuya capacidad, al día de hoy se dedica fundamentalmente a servicios de datos (cuando la voz fue el servicio concedido), que gestiona la mayor parte del tráfico con tecnologías (3G y 4G) que ni siquiera existían cuando se celebró el contrato de concesión (que preveía sólo la obligación de desplegar en AMP y luego digitalizar), cuya cobertura es bien distinta de la exigida por las bases de la licitación (restringida a un número de usuarios en unas localidades concretas), que tiene una capacidad que ni siquiera era imaginable cuando se firmó el contrato y que -- comprendiendo que la renovación tecnológica de la red es permanente --, no podría haberse amortizado en su totalidad al momento de la liquidación del contrato, como se sugiere erróneamente en toda la demanda.

En el escrito de contestación de la convocatoria, en la excepción 4 denominada “*Derecho a una compensación*” también se pronuncia en igual sentido al indicar “(...) *en el evento de que llegue a obligarse a mi representada a entregar bienes adicionales a las frecuencias radioeléctricas, en aras de mantener el equilibrio contractual y no configurar un daño antijurídico, ella tendría que ser previamente compensada. Así mismo la devolución de los recursos pagados a la demandante de manera adicional por la habilitación, asignación y uso del espectro bajo el supuesto de la reversión de todos los activos.*

De lo contrario se constituiría un claro caso de expropiación contrario a derecho.”

Igualmente trae a colación el contenido de la cláusula séptima de los contratos, referente a las tarifas periódicas de contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico, que establece:

“Además del precio anteriormente indicado y en virtud de lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 3º. del Decreto 1901 de 1990 y el Pliego de Condiciones, el CONCESIONARIO deberá cancelar trimestralmente al MINISTERIO DE COMUNICACIONES, por conducto del Fondo de Comunicaciones, por concepto del derecho a la utilización y explotación de la frecuencias radioeléctricas contenidas en el subrango especificado en el numeral 1.1.5. de la sección II del Pliego de Condiciones, una suma equivalente al 5% de los ingresos brutos mensuales de la empresa. El pago de esta partida se efectuará dentro de los quince (15) días corridos siguientes al vencimiento del correspondiente periodo trimestral, según la relación detallada de ingresos que el CONCESIONARIO debe presentar al MINISTERIO DE COMUNICACIONES. PARÁGRAFO.- Para los efectos relacionados con este contrato, se consideran como ingresos brutos los obtenidos exclusivamente de la operación y prestación del servicio de telefonía móvil celular. Para su determinación se tendrán en cuenta los siguientes conceptos: ingresos por conexión o suscripción, ingresos por cargos básicos periódicos, ingresos por consumo (cargos por el uso del servicio) e ingresos por servicios suplementarios; las sumas recibidas de otros operadores celulares por concepto de “roaming” y de llamadas originadas en las redes operadas por ellos, las sumas transferidas por otros operadores de telecomunicaciones por concepto de llamadas originadas en dichas redes. Se excluirán los siguientes conceptos: devoluciones y descuentos por cargos básicos periódicos, por cargos por el uso del servicio y servicios suplementarios; los pagos efectuados a otros operadores celulares por concepto de “roaming” y por llamadas originadas en la red; los pagos efectuados a los operadores de la red fija por acceso y los pagos efectuados a los operadores de larga distancia nacional e internacional.”

4.1.3. Posición de la Demandante

La Demandante se opone a esta excepción, para lo cual señala que la cláusula trigésima tercera común a los contratos de concesión a que se refiere la controversia, fue pactada conforme a mandatos imperativos de la Ley 80 de 1993, y el contrato que libre y voluntariamente suscribieron los operadores es meridianamente claro en su redacción y aceptación.

Agrega que la Nación no desconoce el protagonismo e incidencia que la telefonía celular ha tenido en los últimos 20 años del desarrollo de las telecomunicaciones y en especial de su contribución a la economía nacional, pero tampoco puede dejar de lado que dicha actividad ha generado a los prestadores del servicio jugosas utilidades que sostuvieron y financiaron el crecimiento y auge de su iniciativa privada. En ese sentido, renunciar a la reversión, o compensar a los operadores como se pretende, constituiría para el erario una grave afectación, en tanto que el Ministerio estructuró y ejecutó los contratos con la indeclinable pretensión de que, al término del plazo de su duración, todos los elementos y bienes afectos a la prestación del servicio concesionado, engrosarían su patrimonio, sin compensación alguna, para lo cual los concesionarios debieron planear las respectivas amortizaciones.

4.1.4. Consideraciones del Tribunal

Lo primero que debe señalarse es que como ya se indicó en otros apartes de este Laudo, el Tribunal no considera procedente ordenar la entrega de los bienes y elementos afectados al servicio. Por tal razón, la petición de que se ordene pagar una compensación por la transferencia de dichos activos es improcedente.

En todo caso, debe precisar el Tribunal que las sumas que se reconocen en este Laudo a cargo de Telefónica y a favor del MINISTERIO, no constituyen un enriquecimiento sin causa, en la medida en que esta figura supone la ausencia de causa, elemento que el Consejo de Estado¹³⁸, siguiendo la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia¹³⁹, ha precisado que se configura cuando no hay una fuente de la obligación que sirva de causa a la transferencia patrimonial, para lo cual ha dicho:

“3º) para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“ ...

“En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...”¹⁴⁰

En el presente caso, existe una cláusula contractual que impone la reversión, que es válida y eficaz, por lo que su cumplimiento no puede constituir un enriquecimiento sin causa para el Estado y menos aún una expropiación.

El Tribunal ha indicado las razones por las cuales los contratos que dan origen a este proceso tienen por objeto la concesión de un servicio público, y no una de bienes. Sin perder de vista esa diferencia, y dadas las alusiones que han hecho los

¹³⁸ Sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 14669, reiterada en otros pronunciamientos y en particular en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 (Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

¹³⁹ Por ejemplo sentencias de 6 de septiembre de 1935, G. J. tomo XLII, páginas 587 y siguientes; 27 de marzo de 1939, XLVIII; 10 de diciembre de 1999, Expediente No. 5294, 11 de enero de 2000, Expediente No. 5208; 28 de agosto de 2001. Expediente: 6673. 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061; 29 de abril de 2013 radicación 76001-22-03-000-2013-00068-01 y 27 de agosto de 2015, radicación 76001-22-03-000-2015-00498-01.

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, del. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

convocadas en varios contextos a una eventual configuración de una “expropiación”, el Tribunal se refiere al respecto en los siguientes términos, pues en virtud del carácter integral del ordenamiento jurídico del cual la Constitución es norma de normas, está fuera de duda que la actuación de los jueces y, por contera, la actuación propia de los tribunales de arbitramento con base en las facultades temporales derivadas de un pacto arbitral acorde con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, debe sujetarse a la norma fundamental, de manera que se evite que una sentencia o un laudo se convierta en un instrumento estatal que conduzca a un resultado inconstitucional.

El artículo 58 de la Constitución Política de 1991 establece la garantía sobre la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes; y señala la prevalencia del interés público sobre el interés privado en el evento de un conflicto resultante como consecuencia de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o social. Esa norma constitucional fue modificada mediante el Acto legislativo 1 de 1999, para suprimir el inciso que consagraba la posibilidad de una determinación legal de los casos en que, por razones de equidad, incontrovertibles judicialmente, no hubiera lugar al pago de una indemnización en caso de expropiación. En consecuencia, a partir de dicha reforma, *“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”*.

La Corte Constitucional se ha referido al sentido y alcance de la expropiación como una medida limitante del derecho de propiedad, así como a la indemnización que ella exige. En sentencia de constitucionalidad C-306 de 2013, la Corte, reiterando su doctrina respecto de cómo la mencionada garantía constitucional de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes, indicó que:

“Acercas de este aspecto sustancial, la Corte¹⁴¹ ha sido clara y enfática, al disponer:

*“...el constituyente admite la posibilidad de decretar expropiaciones por motivos de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia judicial, indemnización previa y **por motivos expresamente señalados por el legislador** (Ibídem).*

(...)

*“A juicio de la Corte Suprema de Justicia, **‘es un acto contra la voluntad del dueño pero en provecho público o social; es una figura esencialmente distinta de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración***

¹⁴¹ Cfr. C-870 de 2003, citada.

*toma la propiedad particular y como esta medida genera daño, éste se satisface mediante una indemnización*¹⁴².

*“La configuración de la expropiación, según el precepto 58 constitucional, requiere la participación de las tres ramas del poder público. Así lo ha expresado esta corporación¹⁴³ al indicar que, (i) el legislador fija los motivos de utilidad pública o interés común; (ii) la administración efectúa la declaratoria de expropiación y (iii) **el juez mediante el desarrollo y control del proceso respectivo**, decreta la expropiación fijando la indemnización, intervención judicial que será eventual para los casos de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de la negociación directa del bien que se pretende adquirir y sólo cuando ésta fracasa autoriza el procedimiento de expropiación.*

“ ...

“Acerca de la naturaleza de la expropiación, la Corte mediante la sentencia C-389 de septiembre 1° de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), expuso:

*“La expropiación constituye un medio o instrumento del cual dispone el Estado para incorporar al dominio público los bienes de los particulares, previo el pago de una indemnización, cuando éstos se requieran para atender o satisfacer necesidades de ‘utilidad pública e interés social’, **reconocidas o definidas por la ley**, con intervención de la autoridad judicial (expropiación por vía judicial) o mediante la utilización de los poderes públicos propios del régimen administrativo (expropiación por vía administrativa). También se le ha dado sustento a la expropiación con fundamento en la función social de la propiedad cuando se la utiliza con fines de redistribución de la propiedad o para conminar a los propietarios a explotar las tierras en forma eficiente o con arreglo a programas de producción diseñados por el Estado.” (Los resaltados no son del texto).*

Cabe entonces, en el preciso ámbito de la competencia excepcional de este Tribunal, que tiene que ver con un litigio derivado de concesiones de servicios públicos, y no de bienes, examinar las alegaciones de las convocadas que apuntan a que la aplicación de la cláusula que ellas pactaron, y/o la sentencia o laudo que conduzca a su aplicación, puedan ser expropiatorias, o a que puedan comportar un efecto de tal índole.

Lo primero que debe señalarse en este contexto es que, según se analizó ya en el presente Laudo, la Corte Constitucional determinó el alcance de las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 al decidir acerca de su exequibilidad. Y al precisar que las mismas no afectaban las reversiones pactadas en contratos celebrados con

¹⁴² Sala Plena. Sentencia de diciembre 11 de 1964. M. P. Julián Uribe Cadavid. Cfr. C-153 de marzo 24 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴³ C-153 de 1994, C-428 de 1994, C-1074 de 2002 citadas, T-582 de julio 19 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

anterioridad a la entrada en vigencia de las mismas y aún en curso, por las razones que fundamentaron tal decisión y que ya se han expuesto, no hizo nada distinto, precisamente, de preservar la efectividad de derechos surgidos de contratos celebrados de conformidad con las leyes vigentes al tiempo de la celebración de los mismos. De esta manera, las leyes 422 y 1349, que deben ser aplicadas por jueces y árbitros con el alcance en el que se definió su conformidad con la Constitución, y que no son leyes de utilidad pública o social que invoquen esos altos fines para fines de una expropiación, preservan los derechos adquiridos de conformidad con las leyes civiles con anterioridad a la entrada en vigencia de las mismas. Y es que, como ya se dijo, por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, sin perjuicio de la regulación especial de dicha ley en determinadas materias, de manera que en ellos la adquisición de derechos contractuales con arreglo a las leyes civiles vigentes al tiempo de su celebración está amparada por la Constitución.

Por lo tanto, de la aplicación de tales leyes no encuentra el Tribunal que un laudo que debe atenerse a ellas pueda conducir a una expropiación, que es objeto de un proceso especial y de una sentencia de fundamentos y naturaleza muy distintas del fallo que aquí se profiere para resolver una controversia contractual, por supuesto que con arreglo a la Constitución y a las leyes pertinentes.

Este proceso arbitral no es un proceso de expropiación, ni los efectos de este laudo, al decidir en consideración a la aplicación de la cláusula 33, que al término del contrato obliga en forma expresa e indubitable a los concesionarios a transferir al concedente, sin compensación, los bienes y elementos directamente afectados a la concesión del servicio público objeto del mismo, produce un efecto equivalente o similar al de una expropiación sin indemnización, que además sería ajena a su jurisdicción y competencia.

Se debe recalcar que la causa jurídica de la obligación de transmisión de la propiedad por parte de los concesionarios a la concedente no es una ley que la establezca, como ocurre con las expropiaciones que deciden los jueces que aplican leyes de expropiación, ni un acto exorbitante de la administración, sino una cláusula que hace parte de un contrato válidamente celebrado, que es del cual es juez para los efectos de este litigio el tribunal, y que, de conformidad con el principio cardinal consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes contratantes, y sólo puede ser invalidado o por su consentimiento o por causas legales, y en cuyo adecuado cumplimiento no puede interferir el juez. Por lo tanto, una primera observación consiste en reparar en que siendo los contratos obra de los contratantes, no es posible para una de las partes desconocer su carácter de co-creador de esa ley particular, que le permite exigir derechos a su contratante pero que también le impone cumplir con las obligaciones que contrajo al decidir libremente al respecto, y a cuyo cumplimiento el acreedor tiene un legítimo derecho.

El Tribunal encuentra que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 365 de la Constitución, “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del estado asegurara su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. La preservación de su continuidad al término de

la concesión explica por qué el concedente, además de la restitución del espectro (que es inalienable por naturaleza), es acreedor de la transferencia del dominio los bienes y elementos directamente afectos al mismo al momento de la terminación de la concesión. Así las cosas, la preservación de la interpretación eficaz de esa cláusula de reversión, no sólo satisface el principio de conservación del contrato consagrado en el ya citado y aplicado en este laudo artículo 1620 del Código Civil, sino que es acorde con la disposición constitucional el artículo 365 de la Carta, que señala un deber estatal de aseguramiento de prestación eficiente de los servicios públicos.

Los elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio concesionado a la finalización de su vigencia, fueron instalados por los concesionarios en ejercicio de la libre iniciativa privada que garantiza el artículo 333 de la Constitución, y que sirve de sustento para la igualmente libre organización de las empresas y para la autonomía contractual, en ejercicio de la cual, precisamente, actuando por su cuenta y riesgo y a sabiendas de que habían pactado la obligación en cuestión, se llevó a cabo la elección y determinación de dichos bienes y elementos. Resulta entonces que su reversión era conocida al contratar, pues ella surge nada menos que del propio contrato y, por lo tanto, era previsible, sin que la expedición de las mencionadas leyes 422 y 1349 modificara esa situación contractual y legal.

Puesto que el fundamento de la reversión pactada se basa en la preservación de la continuidad del servicio al tiempo de su terminación, la proporcionalidad de su alcance material la definen las condiciones técnicas mismas de prestación del servicio en ese momento, pues de continuidad sólo puede hablarse si se preservan tales condiciones al momento de la reversión. Al fin y al cabo, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia, la primera acepción de “continuo “ es la de un adjetivo que significa “que dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción”, de manera que para que el servicio concesionado pueda continuar, sin interrupción, siendo prestado en las mismas condiciones y con las mismas características existentes al tiempo de la terminación de la concesión, como lo impone la exigencia constitucional de asegurar su prestación eficiente, se requiere que la reversión recaiga sobre los bienes y elementos directamente afectados por el concesionario a la concesión a su finalización. Y ello define el alcance de la obligación, sin que quepa al respecto desproporción o arbitrariedad alguna.

Pero como en el contrato de concesión los contratantes estipularon que la referida transmisión del dominio no generara a favor de los concesionarios ninguna compensación, cabría preguntarse, entonces, si la aplicación de la cláusula y/o el laudo que conduzca a ello tendría efectos expropiatorios.

La respuesta del tribunal al respecto es negativa, y reafirma que la reversión pactada sin compensación no afecta ningún derecho real (como el dominio) o personal (como los que pudieran relacionarse con la conservación del equilibrio del contrato de concesión). La reversión sin compensación no puede considerarse en forma aislada del resto del contrato, sino, por el contrario, relacionada directamente con el hecho consistente en que durante la ejecución del mismo el concesionario tuvo derecho a una remuneración, derecho esencial y correlativo a la concesión del

derecho a prestar el servicio, para lo cual por su cuenta y riesgo pudo planear y organizar su actividad para recuperar su inversión, buscar un margen de ganancia y adoptar la política contable que considerara pertinente para amortizar su inversión.

El Tribunal ya ha explicado por qué ha concluido que el equilibrio financiero del contrato no se ve afectado como consecuencia de la aplicación de la cláusula de reversión al momento de la terminación del contrato, la cual no genera una excesiva onerosidad sobreviniente que pudiera dar pie al restablecimiento de un equilibrio contractual perdido. En este contexto sólo se debe agregar que el hecho consistente en que la adopción de los cambios tecnológicos posteriores a su celebración haya implicado la realización de cuantiosas inversiones, no permite concluir que la reversión sin compensación de los bienes y elementos directamente afectos al servicio concesionado, tenga un efecto “expropiatorio” sobre dichos bienes que interfiera en la actividad contractual del concesionario, quien es, además, titular de una licencia para prestar un servicio de valor agregado. Y ello porque, precisamente, el laudo, según ya se señaló, no ordena la transferencia física de los bienes objeto de reversión, hecho que podría afectar, ese sí, la actividad del concesionario, sino que ha establecido que la obligación se cumpla mediante el pago del equivalente económico pertinente.

Se debe precisar que el efecto que tiene dicho pago en dinero sobre el patrimonio del concesionario, tampoco puede considerarse “expropiatorio”, toda vez que el impacto del mismo no sólo no fue impuesto mediante un acto unilateral de autoridad, sino que era previsible para el concesionario, quien libremente tomó las decisiones técnicas y económicas que consideró adecuadas para cumplir con el contrato, competir y buscar ganancias, asumiendo por su cuenta y riesgo los costos y consecuencias económicas de dichas decisiones, de manera que el impacto económico del costo de la reversión no resulta imprevisible, no interfiere en su actividad empresarial y no le conculca derecho alguno. Es simplemente la consecuencia patrimonial legítima y previsible de la obligatoriedad de la cláusula que pactó, y cuya existencia y exigibilidad ha sido afirmada en la demanda que da origen ante este Tribunal.

Por su parte, en cuanto hace a la decisión de la sentencia de constitucionalidad, a la que refiere Comcel, aunque puede entenderse como un hecho exógeno a las partes, presentado con posterioridad a la celebración del contrato, no resulta imprevisible para ellas, máxime cuando la reversión estaba planteada desde el inicio y debió ser contemplada en el modelo financiero.

Así las cosas, el decir de la Corte en sentencia C-555 de 2013, sobre la continuación de la vigencia de la cláusula trigésima tercera de contrato de concesión, luego de una ley que pudo haber generado la interpretación de que se regulaba las cosas de manera diferente a lo establecido en el contrato, no sólo no es un hecho extraño ni anormal que afecte la ecuación económica del contrato, sino que es previsible, pues no hace sino aplicar la regulación existente desde hace más de un siglo, esto es, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Es más, según lo dicho por la Corte, pretender lo contrario, sería inconstitucional.

Se reitera que la labor del Tribunal se ha desplegado teniendo en cuenta la discrecionalidad señalada por la Corte en el aparte que establece: “*Seguramente, será labor de cada instancia competente, en concreto, verificar cuáles eran puntualmente las disposiciones legales vigentes para definir cuál es el régimen legal aplicable al respectivo contrato.*”

En tal sentido, no es posible sostener que la tarea de este Tribunal arbitral se ha orientado a repetir y acoger, sin argumentos, lo que sostiene la Corte Constitucional, cumpliendo únicamente el papel de notario.

Tanto la teoría de la imprevisión, como el denominado “hecho del príncipe”, entran sin duda dentro de los imprevistos que afectan la ecuación financiera del contrato estatal, siendo por tanto dable la revisión de ésta y la indemnización integral, si se dan los elementos para ello.

Las mencionadas circunstancias imprevisibles y extraordinarias, al momento de nacer la relación contractual, y sobrevinientes con posterioridad, que tengan la virtualidad de afectar e impactar de manera grave y contundente la ecuación económica del acuerdo de voluntades que, sin impedir la ejecución del contrato, conducen al contratista a sufrir grandes pérdidas económicas con el desarrollo del mismo, conducen a que el Estado entre a reconocer un desequilibrio económico e indemnice al colaborador estatal teniendo en consideración la alteración grave de las condiciones originales del contrato, por haberse presentado un “alea” extraordinario que no puede ser trasladado al concesionario por exceder, con contundencia, todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de la oferta y luego, al formalizar el contrato.

Estas figuras también pueden enmarcarse dentro del concepto de daño antijurídico, que es aquel que el particular no tiene por qué soportar y está consagrado en el artículo 90 de la Constitución.

Indicado lo anterior es prudente hacer una breve mención de los artículos 4, 5, 25, 27, 28 y 50 de la Ley 80 frente al tema de equilibrio económico.

Es claro que la ley de contratación pretende que se proteja la finalidad económica que buscaba el contratista, al momento de ofertar, resarciéndolo patrimonialmente cuando se den los elementos fijados en la regulación, con el propósito que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de haberse cumplido el contrato en las condiciones originales.

El respeto a la utilidad consagrado en el numeral 1 artículo 26 de la Ley 80, unido a lo estipulado en el inciso 2 del numeral 1 de su artículo 5, que establece como uno de los derechos del contratista, el restablecimiento de la ecuación financiera a un punto de no pérdida, para aquellas situaciones imprevistas, son plenamente aplicables a los contratos de concesión de servicios.

Por su parte, de conformidad con el artículo 50 arriba mencionado, la entidad estatal es responsable por las actuaciones, abstenciones y omisiones que le sean imputables y que le causen perjuicios a sus contratistas, casos en los que estará

obligada a indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia o provecho dejado de percibir por éste.

Brevemente se advierte que aunque en el contrato de concesión, en virtud de lo establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que incluye concesión de servicios, los riesgos los asume el concesionario, este dicho no puede tener un alcance ilimitado y solo hacer referencia al alea normal y no al alea extraordinario ni al acontecimiento excepcional “(...) *que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato, ni los de los sucesos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles al instante de la celebración del mismo* (...)”¹⁴⁴.

Dentro del principio de autonomía de la voluntad y libre estipulación, el contratista asume todos los riesgos asociados al proyecto específico o aquellos que han debido ser calculados o ponderados dentro del ámbito del respectivo negocio.

Así las cosas, en los contratos de concesión de servicios se aplica el principio del equilibrio de la ecuación contractual siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos establecidos en la normativa, vale decir, cuando la ecuación se haya visto quebrada por el acaecimiento de circunstancias o riesgos extraordinarios (Teoría de la Imprevisión, o Hecho del Príncipe); ajenos al contratista; que causen una excesiva onerosidad que el particular no tiene por qué soportar, quedando plenamente probado el descalabro económico del colaborador de la entidad.

Como lo advierte Vedel, “*La idea del equilibrio financiero reúne los dos polos del contrato de concesión: es la que asegura la síntesis entre el hecho de tratarse de un servicio público y al propio tiempo de una empresa privada*”¹⁴⁵.

De lo manifestado por las Convocadas, puede observarse que, desde el mismo pliego de condiciones base de las licitaciones, lo ofertado por los interesados, en la medida en que debió haber hecho parte de su cálculo financiero y de la estructuración de su oferta, y posteriormente vertido en el contrato, como ley para las partes, se encontraban tres elementos a saber: (i) una cláusula denominada por las partes reversión (33); (ii) una cláusula, la sexta, que contenía el valor y la forma de pago por derechos de concesión y por la financiación del plan de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas; y (iii) la cláusula séptima antedicha según la cual, “*Además del precio anteriormente indicado*”, los concesionarios tenían claro que era su deber cancelar trimestralmente, por concepto del derecho a la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas, una suma equivalente al cinco por ciento de los ingresos brutos mensuales de la empresa.

Estos tres aspectos eran condiciones conocidas que formaban parte integral de un negocio, que debían ser adecuadamente valoradas en el modelo financiero y ser reflejadas en la oferta, no pudiendo alegarse como sustento de un desequilibrio por teoría de la imprevisión o hecho del príncipe.

¹⁴⁴ Tribunal Arbitral Casa Editorial el Tiempo v. CNT. 13 de febrero de 2006.

¹⁴⁵ Vedel, Georges, ob. Cit., p. 717.

Revisado el caso en análisis y las alegaciones de las Convocadas en cuanto hace a un presunto desequilibrio económico de dichos contratos, no encuentra el Tribunal que se cumplan la totalidad de los presupuestos de ley, para que esta excepción, pueda ser despachada favorablemente. Igualmente es de señalar que tampoco es posible hablar, en el caso en examen, de la existencia de una expropiación.

Por otra parte, no encuentra el Tribunal la razón por la cual procedería la devolución de los recursos pagados a la Demandante de manera adicional por la habilitación, asignación y uso del espectro bajo el supuesto de la reversión de todos los activos. En efecto, una cosa es el valor pagado por el uso del espectro, que el Concesionario puede utilizar mientras esté vigente el permiso, y otra el pago de una compensación económica de unos activos que en los contratos celebrados se acordó que pasarían a la Nación.

Por lo anterior no procede la excepción formulada.

4.2 PRESCRIPCIÓN

4.2.1 Posición de Telefónica

Telefónica formuló esta excepción para lo cual señaló que, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, los derechos pueden extinguirse cuando estos no se exigen en un periodo superior a diez años. Advierte que a pesar de que ha cumplido a cabalidad con todas las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión suscrito, si se llegare a considerar la vigencia de alguna obligación relativa a la reversión de activos, debe decirse que ya han transcurrido más de 10 años para su reclamo, bien porque se cuente dicho término desde la expedición de la Ley 422 de 1998 o desde la fecha de la suscripción de un nuevo contrato de Concesión.

4.2.2 Posición de la Demandante

A este respecto la Demandante señala que esta excepción no tiene asidero en tanto la expedición de la Ley 422 de 1998 no afectó la validez, ni la ejecución de los contratos objeto de este litigio y mucho menos su clausulado, y lo segundo, por cuanto jamás se suscribió ningún otro contrato de concesión con los operadores vinculados al presente trámite arbitral, en tanto los contratos a liquidar en este momento y que son objeto de la pretensión en ese sentido, son los mismos suscritos en 1994 y que sin solución de continuidad, fueron prorrogados por un periodo igual al inicial en 2004.

4.2.3 Consideraciones del Tribunal

Con el fin de procurar la seguridad jurídica, el ordenamiento establece términos para que el titular de un derecho pueda reclamarlo. Como dijo la Corte Suprema de Justicia “El orden público y la paz social están interesadas en la consolidación de

las situaciones adquiridas”¹⁴⁶. La ley puede establecer términos para el ejercicio de un derecho, transcurridos los cuales sin que ocurra “*se puede presumir que el titular lo ha abandonado*”, lo que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la prescripción, o puede determinar un “*tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado*”, lo cual corresponde a la caducidad¹⁴⁷.

De esta manera, el hecho de que transcurra un término sin que se ejercite un derecho puede dar lugar a una prescripción o a una caducidad, según lo que establezca el legislador. En esta medida como ambas instituciones jurídicas parten de la base de un mismo fenómeno fáctico, es claro que en principio no pueden mezclarse. Ahora bien, la regla general en el ordenamiento colombiano es la prescripción extintiva que consagran los artículos 2535 y siguientes del Código Civil, por lo cual cuando el legislador consagra un término de caducidad, el mismo constituye una regla especial y por ello de aplicación preferente.

Es este el caso de las acciones para reclamar los derechos derivados de un contrato estatal, las cuales cuando corresponde ejercerlas, salvo pacto arbitral, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se sujetan a los términos de caducidad previstos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este punto debe recordarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el término de caducidad contemplado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debe aplicarse igualmente en los procesos arbitrales sobre contratos estatales cuyo litigio habría conocido la jurisdicción de lo contencioso administrativo de no haber pacto arbitral.

Así las cosas, en el presente caso lo que debe analizarse es si ha operado la caducidad de la acción de la Demandante, lo que hizo el Tribunal al decidir sobre su propia competencia, y que lo llevó a concluir que el término respectivo no se ha cumplido, lo que reitera en este Laudo.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se analizara la excepción formulada sin tomar en cuenta que existe un régimen especial de caducidad, se encuentra que la prescripción sólo puede correr desde que la obligación es exigible, lo cual es apenas natural si se parte de la base que mientras ello no ocurra, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación. En este sentido el artículo 2535 del Código Civil dispone:

“Art. 2535.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

*“Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”
(Se subraya)*

Desde esta perspectiva se aprecia que la reversión opera a la terminación del contrato, por lo cual la obligación a cargo de Telefónica sólo se hizo exigible en ese

¹⁴⁶ Sentencia del 31 de octubre de 1950, GJ tomo LXVIII, página 491.

¹⁴⁷ Sentencia del 23 de septiembre de 2002. Ref: Expediente No. 6054.

momento, esto es el 28 de noviembre de 2013, razón por la cual es claro que el término de diez años, que en la tesis de la demandada sería necesario, no se ha cumplido. Por ello la excepción no prosperará

4.3 ERROR COMMUNIS FACIT IUS

4.3.1 Posición de Comcel

En su escrito de contestación a la demanda Comcel señaló que aun en el remoto caso de que se entendiera que la ley posterior no podía modificar la cláusula de reversión, el Tribunal debe dar efectos jurídicos al error común que de buena fe los contratantes cometieron. A tal efecto precisó que dicha figura jurídica ha sido reconocida como un principio general del derecho, para lo cual se refirió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia.

Señala entonces que la situación de Comcel cumple con el elemento subjetivo requerido para que opere esta figura, consistente en la conciencia de obrar con lealtad, pues a lo largo de todas las actuaciones que se presentaron durante la ejecución del contrato, Comcel manifestó de forma leal su entender de la cláusula y su preocupación porque hubiera mayor claridad en cuanto al tenor de la misma.

A tal efecto se refiere a la comunicación del 31 de diciembre de 1993, en la que se solicitó al Ministerio que se excluyera la cláusula de reversión en tanto los bienes estatales objeto de la concesión, cuando se trata de la prestación de servicios de tecnología celular, en realidad era simplemente el espectro radioeléctrico, posición que reiteró en múltiples ocasiones, y que se vio confirmada por la Ley 422 de 1998. Agrega que la postura de Comcel ha sido permanentemente expuesta con absoluta claridad, como también se desprende de las reuniones sostenidas para buscar una liquidación del contrato de mutuo acuerdo. La creencia de buena fe, de que la Ley 422 de 1998 modificaba la obligación de revertir, era tal, que incluso existió una controversia arbitral en la que la Nación demandaba por los efectos de la eliminación de la reversión.

Por otra parte señala Comcel que también se cumple con el elemento objetivo, esto es la prueba de la diligencia de la parte que sustenta su creencia evidenciando que una persona prudente, en su misma situación habría cometido el mismo error. En efecto, Comcel razonablemente podía creer tal situación, en tanto las conductas realizadas por la contraparte contractual, es decir el Ministerio, no permitían pensar nada diferente a que ambas tenían la misma comprensión de la cláusula trigésima tercera y por consiguiente dicha interpretación sería la que regiría el contrato. A tal efecto se refiere a las diferentes conductas y omisiones del Ministerio que a su juicio hicieron creer a Comcel que el Ministerio tenía la misma comprensión.

Señala el apoderado que el conjunto de los elementos anteriormente mencionados demuestra que cualquier otra persona, en la misma situación habría incurrido en el mismo error consistente en creer que la ley tendría unos efectos determinados sobre el contrato, posición que también fue creída por el Ministerio, lo cual cumple

con todos los requisitos para aplicar el principio de que el error común puede crear derechos. Advierte que no le era posible a ninguna de las dos partes ni siquiera prever que la Corte Constitucional haría una interpretación de la norma que podía modificar el entendimiento pacífico que las dos partes habían tenido durante más de 15 años, o que generarían unos efectos absolutamente desequilibradores de la ecuación económica contractual, a pocos meses de la terminación de la concesión.

4.3.2 Posición de la Demandante

La Demandante analiza la doctrina del error común a la luz de la jurisprudencia y señala que no procede la aplicación de la máxima “*Error communis facit ius*” porque (i) no nos encontramos frente ante un error colectivo, esto es, con gran número de afectados, ni tampoco se trata de un error invencible, pues existía otra opción interpretativa de las normas; (ii) la aplicación de la teoría opera para proteger el interés público, y en este caso el “interés público” no exige que la situación de hecho e inconstitucional, consistente en reconocer que las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 modificaron la cláusula de reversión, quede convalidada, ciertamente ocurre todo lo contrario, esto es, que la interpretación de las normas en el sentido de que únicamente el espectro sería objeto de reversión, constituye un verdadero privilegio particular que afecta el interés general, el correcto desempeño de la función administrativa y lesiona el patrimonio público, (iii) para el caso de la contratación estatal el Consejo de Estado ha establecido que la buena fe que se exige en todo el *iter* contractual es la buena fe objetiva, y no la subjetiva y (iv) está probado que los operadores celulares intervinieron en la etiología y desarrollo de la apariencia de derecho, al influir en el trámite legislativo de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 para dar una aparente opción interpretativa de las normas que los sustrajera de su obligación de reversión con el alcance pactado en los contratos. Concluye que el Tribunal de Arbitramento no puede caer en el error de validar esa lectura para la que los operadores no están legitimados.

4.3.3 Consideraciones del Tribunal

Como lo señala el apoderado de Comcel, desde la sentencia del 20 de mayo de 1936¹⁴⁸ la Corte Suprema de Justicia reconoció la aplicabilidad de la teoría de la apariencia que se expresa en el adagio “*error communis facit ius*”, la cual como muchas otras instituciones, tiene su origen en el derecho romano.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la aplicación de dicha teoría supone dos elementos uno subjetivo y otro objetivo. El primero es la buena fe de quien invoca la apariencia pues no conoce que lo aparente no corresponde a la realidad jurídica y que actúa diligentemente. El segundo es una situación aparente que genere un error común. En este punto la Corte ha precisado que lo que realmente se requiere es que se genere un error invencible, es decir la situación debe ser tal que cualquier persona hubiera incurrido en el mismo error.

Así en la citada sentencia de 1936 la Corte Suprema de Justicia después de revisar la doctrina sobre la materia expresó:

¹⁴⁸ G.J. XLIII, página 50 y siguientes.

“Todos los autores concuerdan, eso sí, en que lo mismo da para el caso el error de hecho que el error de derecho y en que para la aplicación de la máxima se requieren estos requisitos:

“a)—Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo;

“b)—Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: “No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos.” (Se subraya)

Más recientemente ha dicho la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁹:

*De ahí que, como en su momento lo dijera la Corte, y hoy lo reitera, “La cabal aplicación de esta máxima requiere, como en esa misma providencia lo subrayara la Corte, de un lado, que se trate de un error generalizado, es decir, “de un error no universal pero sí colectivo”, y, de otro, que ese error haya sido invencible, moralmente inevitable, vale decir, de tal hondura que la más prudente y avisada de las personas igualmente lo habría cometido. “En esa investigación se tiene en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. **Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad.** Por el contrario, no tiene derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos.” (Se subraya).*

Dicha teoría ha sido además acogida por la Corte Constitucional en materia de extinción del dominio, la cual expresó en sentencia C-1007 de 2002 reiterada en la C-740 de 2003, lo siguiente:

“Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

“La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “Error communis facit jus”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde

¹⁴⁹ Sentencia del 16 de agosto de 2007. Expediente 25875-31-84-001-1994-00200-01.

hace más de cuarenta años, precisando que “Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fé cualificada o buena fé exenta de toda culpa.

“ ...

“Pero, para su aplicación, en los casos en que se convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de buena fe, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

“a).- Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijera que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error comun a muchos.

“b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y

Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fé en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.”¹⁵⁰(Se subraya)

Como se puede apreciar, para que proceda el error común es necesario que se presente una situación en la cual el error sea inevitable, que hasta la persona más prudente hubiera incurrido en él, o que la persona prudente y diligente lo hubiera cometido.

No sobra aclarar que la teoría de la apariencia tiene distintas formas de aplicación que atienden a las particularidades de cada situación. Así mientras en materia de propiedad y del funcionario de hecho se aplican rigurosamente los requisitos que derivan del adagio *error communis facit ius*, en otros casos como en materia de

¹⁵⁰ Sentencia del 23 de junio de 1958. Corte Suprema de Justicia.

representación la ley es menos exigente¹⁵¹, dada la necesidad de no entorpecer el comercio jurídico¹⁵².

En todo caso, en el presente caso dicho principio sería aplicarse siempre y cuando se cumplieran los requisitos básicos expuestos por la doctrina clásica, dado que no se está en un evento en que el legislador haya reducido los requerimientos para aplicarla.

Teniendo en cuenta los requisitos que ha delineado la jurisprudencia, es claro que en el presente caso éstos no se reúnen. En efecto, de una parte, los contratos de concesión celebrados claramente indicaban en su cláusula trigésima sexta que la reversión operaría sobre los bienes y elementos afectados a la concesión, los que serían entonces transferidos a la Nación, lo cual de entrada indicaba que dicha cláusula no se refería al espectro electromagnético. Lo que existía en ese momento era un desacuerdo de los concesionarios sobre dicha cláusula, a pesar de que habían firmado los contratos de concesión. Por otra parte, la Ley 422 de 1998 tampoco era clara en su aplicación a los contratos de concesión ya celebrados, pues a la luz de los principios generales debería entenderse referida a los contratos que en adelante se celebraran. Aunque la Ley 1341 de 2009 en una de sus interpretaciones podría corresponder a la tesis de Comcel, era claro que había varias interpretaciones posibles, por lo que no podría afirmarse que era absoluto y totalmente evidente que las cláusulas del contrato de concesión habían sido modificadas por dicha ley.

Por lo anterior esta excepción no está llamada a prosperar.

4.4 PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En su contestación a la demanda Comcel invocó como excepción la buena fe y la confianza legítima. Igualmente, Telefónica hizo referencia a la confianza legítima.

Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre estos aspectos.

4.4.1 Posición de las Demandadas

Señala Comcel que de conformidad con el tratadista Andrés Fernando Mesa Valencia, para que la figura de la confianza legítima sea aplicable es necesario que se cumplan cuatro requisitos, a saber: la existencia de una relación jurídica (i), la existencia de una palabra dada (ii), la conformación de la palabra dada con actos armónicos y coherentes (iii) y la actuación diligente del interesado (iv)¹⁵³.

Expresa que todos estos elementos se cumplen en el presente caso. La relación

¹⁵¹ Así el artículo 842 del Código de Comercio establece: “Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”. Como se puede observar en este caso la ley no exige que la apariencia genere un error invencible.

¹⁵² Ver sobre esta diferencia Jacques Ghestin. *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*.

¹⁵³ El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Andrés Fernando Mesa Valencia. Página 41.

jurídica (i) no ha sido puesta en duda por ninguna de las partes. Así mismo, existió una palabra dada (ii), consistente en la formulación de la cláusula vigésima novena del contrato de concesión para lo relativo al carácter vinculante de los cambios legales y reglamentarios en la modificación de las condiciones contractuales, y en las demandas interpuestas contra el concesionario en el caso de creer que la cláusula de reversión exclusivamente implicaba la devolución del espectro radioeléctrico. Frente a la constitución de actos armónicos y coherentes (iii), señala que las cláusulas de reversión no fueron el primer caso en el cual la ejecución del contrato se veía modificada por cambios legales o reglamentarios. En efecto, Comcel, fue sancionado en el año 2013 por el Ministerio debido a lo que este último consideró fueron violaciones al régimen de calidad, basado en diferentes reglamentaciones⁴⁷, cuya expedición fue realizada en el año 2011, es decir de forma posterior al momento de la celebración del contrato estatal.

Agrega que de la misma manera, a partir de 1998, el Ministerio fue absolutamente coherente en manifestar que la cláusula de reversión pactada incluía solamente la devolución del espectro radioeléctrico. Esta manifestación, se hizo al momento de interponer dos demandas en contra de los operadores y en otros actos como los siguientes:

- Al valorar la fusión de Colombia Telecomunicaciones y Telefónica Móviles, por medio del documento CONPES 3721, en el cual se tuvo como criterio que la reversión solamente incluía la devolución del espectro radioeléctrico
- Al momento de suscribir la modificación al contrato del 30 de diciembre de 2004, en la cual se expandió el espectro que Comcel podía usar para la prestación del servicio, para lo cual el Ministerio realizó un análisis financiero que consideraba el hecho de que la infraestructura no debía ser revertida.
- Los estudios llevados a cabo por el Ministerio, en virtud de la circular 001 de 2003, en la cual se establecieron los requisitos para proceder con la prórroga de los contratos de concesión.

Así mismo, agrega que la intervención del Ministerio al momento de solicitar la constitucionalidad de la Ley 422 de 1998 y 1341 de 2009 deja ver con toda claridad que éste pensaba que dichas cláusulas le eran aplicables a contratos anteriores a la expedición de la ley, como era el caso del contrato de Comcel

Igual ocurre con las manifestaciones de los funcionarios del Ministerio en el marco de los debates en el Congreso de la República al momento de discutir el proyecto de ley que luego daría con la Ley 1341 de 2009.

Expresa que dichas manifestaciones se encontraban acordes con la tendencia general de la regulación en materia de telecomunicaciones, la cual de forma uniforme sostenía en diferentes ámbitos que la reversión solamente se predicaba del espectro radioeléctrico. A tal efecto se refiere al artículo 39 de la Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos domiciliarios; al artículo 48 de la Ley 182 de 1995; a la resolución 28 del 14 de diciembre de 1995, relativa al establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional; al

Decreto 2343 de 1996, el cual regula el servicio de trunking, y al Decreto 2542 de 1997, el cual reglamentaba la concesión de licencias para establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica conmutada de Larga Distancia.

Señala que todas las normas mencionadas, en conjunto, generaron en Comcel la expectativa razonable de que el cambio en la normatividad de telefonía móvil celular, era apenas razonable y coherente con toda la legislación nacional en materia de reversión en telecomunicaciones.

Agrega que finalmente es claro que hubo una actuación diligente por parte de Comcel, quien a lo largo de la ejecución del contrato siempre cumplió con las instrucciones y lineamientos que le dio el Ministerio, motivo que llevó a la comprensión sobre los alcances de la cláusula de reversión que se desprenden de todas las actuaciones anteriormente mencionadas.

Advierte que luego de tener tal comprensión de los alcances del contrato, Comcel durante 15 años de los 20 que duró la ejecución de los contratos de concesión, realizó inversiones en la infraestructura sobre la base de que las mismas no serían objeto de reversión, sino que una vez el contrato terminara, serían de su propiedad, tal y como las actuaciones del Ministerio le habían permitido determinarlo.

Por lo anterior señala que fue absolutamente sorpresivo el cambio de posición del Ministerio que se produjo por cuenta de un acto cometido por el mismo Estado, en cabeza de la Corte Constitucional, consistente en hacer una interpretación de la Ley 422 de 1998 que destruía las actuaciones de las partes por cerca de 15 años. Agrega que la sentencia, que no fue unánime, pues tuvo tres (3) salvamentos de voto, fue proferida tan solo el 22 de agosto de 2013 y modificó por completo lo que las partes llevaban ejecutando desde el año de 1998, con efectos retroactivos, lo cual implicó un cambio radical imprevisible y que tomó por sorpresa a Comcel frente a un punto del cual se llevaba teniendo una conducta reiterada y consistente en el sentido exactamente contrario.

Por lo anterior señala que se presentan todos los elementos para que de la actuación de Comcel se deba predicar una confianza legítima que debe traducirse en una protección del Tribunal de aquella creencia razonable a la que fue inducida. De esta manera, el Tribunal deberá desestimar las pretensiones del Ministerio, y darle el alcance a la cláusula contractual que de buena fe el operador creyó.

4.4.2 Posición de la Demandante

Señala la Demandante que, en este caso, no se verifican los requisitos establecidos para que se aplique la protección de la confianza legítima. En particular, se encuentra probado dentro del proceso que Comcel no actuó de buena fe pues participó en la creación de la situación cuya protección hoy reclama.

Señala que Comcel y los otros operadores se propusieron desde el inicio de las concesiones evitar el cumplimiento de la obligación de reversión de los activos tal y como se encontraba pactada en los respectivos contratos de concesión, y usaron todo tipo de estrategias, como crear una asociación gremial con ese específico

propósito (ASOCEL), de “conversar” con el Gobierno y ejercer “gestiones y presiones” sobre las autoridades del Ministerio de Comunicaciones (como se lee en el informe a la Asamblea de Accionistas de Occel del año 1994), así como gestionar y procurar sus intereses privados en el trámite legislativo de las leyes 142 de 1998 y 1341 de 2009, generando una opción interpretativa de las normas que permitiera alegar que ya no tenían obligación sino de revertir las frecuencias radioeléctricas en contravía de los derechos legales y contractuales pactados a favor del Estado.

Advierte que de acuerdo con la doctrina la convicción del confiante no solo debe ser razonable, como lo alega Comcel, sino que además deber ser honesta, totalmente exenta de dolo o culpa.

Por otro lado señala que aunque por las razones indicadas, es absolutamente improcedente la protección de la confianza legítima, también vale la pena indicar que los hechos que Comcel invoca como generadores de dicha confianza provenientes del Estado, no son reales, fundados, contundentes e indiscutibles.

Indica que la interposición de sendas demandas de reconvención contra Occel y Comcel con ocasión de la expedición de Ley 142 de 1998, no es por sí mismo un hecho contundente e indiscutible acerca de la postura del Ministerio en relación con la reversión.

Advierte que las pretensiones de las demandas de reconvención fueron rechazadas por los Tribunales de Arbitramento, en el caso de Occel por falta de competencia, y en el caso de Comcel, por ineptitud de la demanda, de manera que el Ministerio de Comunicaciones bien hubiera podido instaurar nuevamente las acciones contractuales contra los concesionarios para insistir en su postura, lo cual no hizo, y los contratos de concesión siguieron ejecutándose como se había previsto desde el principio.

Señala que al valorar la fusión de Colombia Telecomunicaciones y Telefónica Móviles, por medio del CONPES 3721, los estudios llevados a cabo por el MinTic, en virtud de la Circular 001 de 2003, en la cual se establecieron los requisitos para la prórroga de los contratos de concesión, no llevan a una conclusión en el sentido que se señala por Comcel.

Agrega que la manifestación de la Ministra de Comunicaciones en el Congreso tampoco reviste el carácter de hecho contundente e indiscutible frente a la modificación de la obligación de reversión. Basta al efecto revisar el testimonio que la ex Ministra rindió bajo la gravedad del juramento dentro de este proceso, para constatar en sus palabras, que los debates que ella dio dentro del trámite legislativo de la Ley 1341 de 2009 fueron debates de política pública y que no pretendió cambiar los contratos vigentes.

4.4.3 Consideraciones del Tribunal

El principio de la protección de la confianza legítima surgió en el derecho europeo y en particular en el derecho alemán y en el derecho suizo, en los cuales se han inspirado el derecho europeo comunitario y otros ordenamientos jurídicos. En

Colombia dicho principio ha sido reconocido de tiempo atrás por la Corte Constitucional como un elemento de la seguridad jurídica, con fundamento en el principio de la buena fe¹⁵⁴.

Ha señalado la Corte Constitucional¹⁵⁵ que *“En suma, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”*.

Ahora bien, si se examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina se encuentra que para la aplicación del principio de la confianza legítima se requieren *“actuaciones precedentes de la administración”* que *“generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior”*¹⁵⁶. Por otra parte, se exige que quien invoca la aplicación de dicho principio haya actuado por razón de la confianza que surgió, y finalmente que la confianza sea legítima.

Lo primero que se requiere es entonces una actuación que genere la convicción de la estabilidad. En tal sentido ha dicho la Corte que la confianza legítima *“consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho”*¹⁵⁷.

Ahora bien, dicha base que genera la confianza puede ser positiva o negativa. La base positiva puede consistir en un acto jurídico, que pueden ser actos de la administración de justicia, actos de la administración o actos del legislador. En efecto, ha señalado la Corte Constitucional que el principio de confianza legítima puede proyectarse no solo frente a la administración, sino también frente al legislador¹⁵⁸ e incluso el juez¹⁵⁹.

¹⁵⁴ La Corte Constitucional reconoció por primera vez el principio de la confianza legítima por sentencia T-225 de 1992, en un caso de recuperación del espacio público frente a los vendedores ambulantes.

¹⁵⁵ Sentencia C-131 de 2004.

¹⁵⁶ Ver sentencia T-715 de 2014 que reitera jurisprudencia anterior.

¹⁵⁷ Sentencia T-527 de 2011, reiterada en Sentencia T-717 DE 2012.

¹⁵⁸ Dijo la Corte Constitucional que puede originarse *“de un acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad”*. Sentencia T617 de 1995.

¹⁵⁹ En tal sentido en Sentencia SU-120 de 2003, reiterada en la sentencia C-131 de 2004, dijo la Corte Constitucional En tal sentido ha dicho el juez constitucional que *“la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima”*.

Igualmente, dicha base puede consistir en una simple acción que genera confianza que puede ser una información, una promesa o una práctica. La base negativa puede consistir en la inercia de la entidad pública. En todo caso señala la doctrina que el caso de inercia debe examinarse con prudencia, pues la administración no tiene siempre que reaccionar inmediatamente, y porque su conducta puede no permitir llegar de manera concluyente a una declaración implícita, por ello normalmente se exige más que una simple inactividad¹⁶⁰. En este sentido se puede señalar que la Corte Administrativa Federal Alemana ha señalado que para que sea aplicable este principio, el particular debe haber confiado en el hecho de la persona pública de no hacerse valer y debe haberse comportado de una manera tal que sufriría un daño exagerado en caso de utilización tardía de su derecho por parte de la autoridad pública¹⁶¹. Lo anterior implica que un comportamiento confuso, impreciso, dudoso o contradictorio no puede a priori suscitar confianza¹⁶².

Por otra parte, quien invoca el principio de la confianza legítima debe haber actuado de buena fe, es decir que si la actuación en que se fundó estaba viciada, no conociera dicho vicio, ni debió conocerlo con diligencia y cuidado¹⁶³. En un sentido semejante ha dicho la Corte Constitucional que *“la administración no puede en forma sorpresiva modificar las condiciones en que se encuentra el administrado, el cual está convencido de que su actuar se ajusta a derecho.”*¹⁶⁴

Es necesario que la confianza sea legítima, es decir que el administrado pueda confiar que en razón de la conducta de la administración y las circunstancias la situación no habrá de cambiar en forma intempestiva. De este modo cuando hay un cambio el particular es sorprendido por el cambio imprevisible y repentino de la conducta. El cambio debe ser repentino es decir no debe existir un aviso previo o informaciones previas que afecten la confianza generada. La doctrina señala que cuando se trata de cambios legislativos, la jurisprudencia alemana y suiza difieren pues la primera considera que el particular puede confiar en la situación hasta cuando se apruebe la ley que la modifica, en tanto que la jurisprudencia suiza toma en cuenta la situación previa, en ocasiones desde el mensaje del Gobierno al parlamento o desde la discusión en el parlamento. Lo anterior pues tales actos generan un periodo de incertidumbre y afectan la confianza¹⁶⁵. Por su parte, la Corte de las comunidades europeas toma en cuenta si el particular estaba al corriente del proyecto de reglamentación o de que la modificación se encontraba en curso. Señala la doctrina que debe examinarse lo que una persona podía realmente creer, tomando al efecto la situación de un modelo abstracto de administrado¹⁶⁶.

Ahora bien, la protección de la confianza legítima no se dirige a impedir que se haga un cambio, sino que el cambio no sea tan brutal que no puede ser tolerado desde la perspectiva de la corrección que rige las relaciones entre la administración y los

¹⁶⁰ Sylvia Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz, Paris 2001, página 331.

¹⁶¹ Calmes, ob cit, página 331.

¹⁶² Calmes, ob cit, página 332.

¹⁶³ Calmes ob cit. página 362.

¹⁶⁴ Sentencia T-717 de 2012.

¹⁶⁵ Calmes, Ob. cit., página 376.

¹⁶⁶ Calmes, Ob. cit., página 380.

administrados. Esta limitación al cambio repentino se funda en el principio de proporcionalidad o en la prohibición de la arbitrariedad.

Señala la doctrina que para que el particular pueda reclamar la protección derivada del principio que se examina, el mismo debe haber adoptado decisiones concretas por su confianza en la base y no por otros motivos. De esta manera el particular debe haber necesariamente orientado su comportamiento por una reacción directa a la confianza generada¹⁶⁷. Se señala entonces que la jurisprudencia exige que se hayan adoptado decisiones en virtud de la confianza¹⁶⁸, esto es que el particular se habría comportado distinto si no hubiera esa confianza.

En todo caso debe tomarse en cuenta el interés general. En este sentido ha señalado la Corte Constitucional que *“No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica”*¹⁶⁹.

En sentencia T-617 de 1995 la Corte Constitucional expresó:

“la organización administrativa del Estado reposa sobre el principio del interés general. Es claro que la contraposición entre los intereses puramente particulares de los individuos aisladamente considerados, y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, pues lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. Así lo consagran de manera expresa los artículos 1º y 63 de la Constitución Política de Colombia. El Principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en él, la confianza legítima encuentra su más claro límite.” (se subraya)

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el principio de la confianza legítima no puede implicar que las autoridades públicas no adopten las decisiones que correspondan al interés general, por lo que la invocación de dicho principio no puede implicar que no se pueda alterar una situación, sino que dicha alteración debe tomar en cuenta la necesidad de otorgar al afectado, en quien se había generado confianza, un período de transición.

En este sentido ha precisado la Corte Constitucional que¹⁷⁰ *“Dentro del alcance y límites es relevante tener en cuenta, según el caso concreto: (i) que no libera a la administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que*

¹⁶⁷ Calmes, Ob. cit., página 402.

¹⁶⁸ Calmes, Ob. cit., página 403.

¹⁶⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 15 de julio de 1981, asunto Edeka en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo, el TJCE consideró que “las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación en cuanto a los medios para la realización de su política económica; los operadores económicos no pueden justificar una posición de confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente que puede ser modificada por esas instituciones en el marco de sus poderes de apreciación”.

¹⁷⁰ Sentencia T-472 de 2009.

le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales de los asociados, para lo cual será preciso examinar cautelosamente el impacto de su proceder y diseñar estrategias de solución; (ii) que no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad; (iii) que no puede estar enfocado a obtener el pago de indemnización, resarcimiento, reparación, donación o semejantes y (iv) que no recae sobre derechos adquiridos, sino de situaciones jurídicas anómalas susceptibles de modificación.”

Si se examina la argumentación que formula la Demandada para defender la aplicación del principio de la confianza legítima se advierte que lo funda en diversos hechos: la aplicación durante la ejecución del contrato de normas posteriores a aquella bajo cuya su vigencia se celebró el contrato; la realización de diversos estudios o valoraciones en los que la entidad estatal no tuvo en consideración la reversión, y las manifestaciones realizadas por la entidad estatal ante la Corte Constitucional en procesos de constitucionalidad y ante el Congreso de la República.

A este respecto encuentra el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, como ya se precisó antes de la Ley 422 de 1998 no podía haber duda acerca del alcance de la cláusula de reversión. Así mismo, después de la ley 422 de 1998 podría haber discusión sobre la vigencia de la cláusula de reversión, pero en todo caso los principios generales en materia de tránsito de legislación indicaba que la ley no era aplicable. En todo caso, es claro que como ya se señaló, en los procesos arbitrales iniciados por Comcel y Ocel contra el Ministerio se sostuvo que la cláusula de reversión había sido modificada por la Ley 422.

Por otra parte, en cuanto se refiere al hecho de que durante la ejecución del contrato se hayan aplicado normas jurídicas expedidas con posterioridad a la celebración del contrato, considera el Tribunal que tal hecho no podía fundar una confianza en que la reversión no se aplicaría a los contratos a los que se refiere este proceso. En efecto, como ya se explicó, los contratos de concesión se caracterizan porque en relación con los mismos existen unos aspectos contractuales y otros reglamentarios. Los aspectos puramente contractuales son aquellos que rigen las relaciones entre la entidad concedente y el concesionario. Por otra parte, los aspectos reglamentarios son aquellos relativos al servicio que presta el concesionario, que siempre se encuentra sujeto a la regulación estatal.

Desde esta perspectiva es apenas natural que, en la ejecución del contrato de concesión, las concesionarias debieran aplicar aquellas normas que regulan la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Por ello no hay nada extraño en la aplicación al servicio de telefonía de las normas que se hayan expedido durante la vigencia del contrato, relativas a la calidad del servicio y tampoco en las sanciones al concesionario por no cumplirlas.

Sin embargo, ello no permitía concluir que debían aplicarse normas posteriores que regulaban la reversión, pues como ya se explicó, dichas normas no se refieren a prestación del servicio por el concesionario.

En cuanto hace referencia al estudio para la prórroga de los contratos de concesión, que obra a folios 28 y siguientes del Cuaderno de Pruebas número 26, se advierte que en el mismo no se encuentra ninguna mención en relación con el impacto que podría tener en dicho análisis la reversión. En efecto, allí se estudian diversos factores como es el crecimiento en el número de abonados, los pagos realizados al Ministerio, el comportamiento del PIB, la incidencia de los otros servicios de comunicaciones sobre la telefonía móvil celular y el valor pagado inicialmente. Sin embargo, no está claramente acreditado para el Tribunal que dicho estudio, que tenía por objeto determinar la prórroga del contrato, debiera considerar un valor por razón de la reversión, que no se produciría en el 2004 sino en el 2014 y menos aún que por el hecho de no haberse tomado en cuenta tal circunstancia el concesionario podía confiar en que no habría reversión de activos distintos al espectro electromagnético.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la referencia a los estudios hechos al valorar la fusión de Colombia Telecomunicaciones y Telefónica Móviles, respecto de los cuales se afirma que solamente incluían la devolución del espectro radioeléctrico, debe señalar el Tribunal que el documento CONPES 3721 de 2012 a que alude la Demandada no contiene referencia específica a la reversión. Por otra parte, en el informe denominado “*DEBIDA DILIGENCIA Y VALORACIÓN DE TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Y EVALUACIÓN Y DISEÑO DE UN ESCENARIO DE FUSIÓN CON COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.*”, que de acuerdo con el Documento CONPES 3721 es uno de sus anexos¹⁷¹, se dice lo siguiente en el punto 7.2. Resultados de valoración por DCF (página 94)

“VInvPat2028, corresponde al Valor de las Inversiones Patrimoniales recibidas en el año 2028, con la terminación del Contrato de Explotación (se ha asumido el año 2028 en tanto es este el año en que efectivamente se dará la reversión, tal y como se explica en la sección correspondiente a la valoración de la entidad fusionada);”

Como se puede apreciar, el texto que se transcribe alude a una reversión; pero ella no se refiere al contrato de concesión, sino al contrato de explotación cuya vigencia fue prorrogada hasta diciembre de 2028.

A su turno, al examinar en dicho estudio las condiciones del contrato de concesión de telefonía móvil celular, se encuentra que en él no se hace ninguna referencia a la reversión¹⁷². En todo caso advierte el Tribunal que no es claro la razón por la cual de dicho estudio los concesionarios podían confiar en que no habría lugar a reversión.

Por lo que concierne al pronunciamiento del Ministerio de Comunicaciones ante la Corte Constitucional en el proceso en el cual se dictó la sentencia C-555 de 2013, encuentra el Tribunal que ella no necesariamente conduce al entendimiento que señala la Demandada.

¹⁷¹ Se encuentra en el CD que obra al folio 9 del cuaderno 23.

¹⁷² Página 77 del estudio.

En efecto, en el escrito presentado ante la Corte y que obra a folios 15 y siguientes de Cuaderno de Pruebas No 23, se expresa:

“De lo indicado en este numeral se puede concluir entonces: la reversión es un importante instrumento en los contratos de concesión cuya forzosa inclusión dependen de la existencia de una norma de imperativo cumplimiento que así lo contemple, pues de no ser así serán las partes en su libre disposición quienes decidan incluirla o no. En el derecho nacional en los contratos de servicios de telecomunicación debe entenderse incluida la cláusula de reversión por imperativo mandato de la ley, la cual se predica de un bien en particular: las frecuencias del espectro radioeléctrico asignado para tal propósito: lo anterior no obsta para que por vía dispositiva se pueda establecer en este tipo de contratos que la reversión se extienda a otro tipo de bienes.” (Se subraya)

Como se puede apreciar, de la intervención del Ministerio ante el juez constitucional se desprende que él mismo consideraba que en el contrato de concesión de telecomunicaciones debe entenderse incluida la reversión, pero referida al espectro asignado. Pero igualmente señala el Ministerio que lo anterior no obsta para que las partes estipulen que la reversión se extiende a otro tipo de bienes.

Si se confronta esta tesis con la situación que se analiza en el presente proceso, se encuentra que precisamente en los contratos celebrados se estipuló la reversión, y es dicha cláusula la que se invoca como fundamento de la Demanda, por lo que no hay contradicción entre lo manifestado ante la Corte y lo que se sostiene en este proceso.

Por otra parte, invoca la demandada las manifestaciones de los servidores públicos al discutir la Ley 1341 de 2009. En relación con este punto en el Acta de la Cámara de Representantes de la sesión del 17 de junio de 2008¹⁷³ aparece la posición del Gobierno expuesta por la Ministra de Comunicaciones sobre la observación planteada por el representante Wilson Borja frente a la norma que establecía que la reversión se refería al espectro electromagnético. Allí se dijo:

“Intervención de la señora Ministra de Comunicaciones doctora María del Rosario Guerra:

“Gracias Presidente.

“Dos precisiones, honorable Representante Borja. La primera, en materia de prestación de servicios de telecomunicaciones que requieren uso del espectro radioeléctrico, lo fundamental es el espectro, por ejemplo, en telefonía móvil o PCS, en inalámbricos, qué hace una empresa con los fierros si no tiene el espectro, no puede ofrecer el servicio o en radio.

¹⁷³ Gaceta del Congreso No 423 del 17 de julio de 2008. Cuaderno de Pruebas No. 15 folio 169 vuelto y 170.

“Entonces lo que le interesa al Estado, es que ese bien escaso, ese bien limitado, que es el espectro, el día que se acabe, revierte al Estado para que lo pueda reasignar a otras actividades y por eso el artículo contempla esa reversión.

“Por el otro lado, qué más pudiera revertir al Estado, como a usted le inquieta, las redes muchas de las cuales son subterráneas, los enlaces, la maquinaria, los equipos, ahora tenemos un gran problema en el caso de las redes de televisión pública con Colombia Telecomunicaciones, cuando se tomó la decisión de buscar el aliado estratégico de la empresa fue imposible valorar eso, por qué, porque mucho de esto está enterrado, no tenía mantenimiento, no tenía un inventario,

“Parte del problema que tiene hoy el Ministerio, es que ha recibido una cantidad de bienes sobre los cuales no utilizar, no puede hacer nada; por eso desde el punto de vista de la eficiencia administrativa, de la buena gestión de los recursos, lo clave en el sector de tecnología de la información, las comunicaciones es que reviertan las frecuencias del espectro y eso es lo que estamos dejando aquí y con ello respetamos la Ley 422 y fuera de eso con ello también garantizamos que ese recurso escaso pueda ser utilizado para otros fines.

“El proyecto de ley que ustedes están discutiendo en el día de hoy, reafirma el compromiso del Estado a través del Ministerio, de garantizar la prestación del servicio, esto es, nosotros, si una empresa por cualquier motivo sale de operación, si una empresa por cualquier motivo tiene que revertirle al Estado el espectro, el Estado tiene que garantizar, tiene que garantizar que los usuarios sigan recibiendo el servicio y tendrán que proveérselo a otra institución, otra de las empresas prestadoras, o sea el compromiso que está en la ley desde los artículos cuartos es garantizar, honorables Representantes que continúe la prestación del servicio o de telefonía, o de conectividad o de cualquiera de los diferentes servicios de telecomunicaciones.

“Respetuosamente creo que lo esencial es que revierta el espectro radioeléctrico, la frecuencia del mismo.”

Como se puede apreciar, lo que señaló la Ministra de Comunicaciones en su exposición es que lo fundamental es que revierta el espectro y señaló los problemas que ha tenido el Ministerio con la entrega de redes. Así mismo precisó que si una empresa tiene que revertir el espectro, el Estado tiene que garantizar a los usuarios el servicio a través de otras empresas. La Ministra no hizo una precisión particular en el sentido que por virtud de la norma contenida en el proyecto de ley desaparecía la reversión pactada en contratos anteriores. Lo anterior además se confirma si se tiene en cuenta la declaración rendida en el presente proceso en que ella señaló que su intervención se refería a una política pública y no a la modificación de un contrato.

De lo anterior se desprende que antes de la Ley 422 de 1998 no pudo generarse en

los concesionarios ninguna expectativa legítima acerca de que la reversión se limitaría al espectro electromagnético, dada la claridad de la cláusula y la postura asumida por el Ministerio de Comunicaciones. En el período comprendido entre la Ley 422 de 1998 y la Ley 1341 de 2009, existen las manifestaciones de la apoderada de la Nación en los procesos de Comcel y Ocel contra la Nación, sin embargo, en todo caso, el análisis legal de la Ley 422 de 1998 no permitía afirmar con certeza que la reversión se limitaría al espectro, dado el claro texto contractual y los principios que rigen la aplicación de la ley en el tiempo. Finalmente, en el período posterior a la Ley 1341 de 2009, la situación se torna menos clara, pero en todo caso, lo que se produce es una duda interpretativa por razón de la redacción de la Ley 1341.

En todo caso debe observar el Tribunal la diferencia en materia de la situación que se analiza y los casos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha aplicado la protección de la confianza legítima. En efecto, en los casos fallados por la Corte se trata de personas que se encuentran desarrollando una actividad en forma contraria al ordenamiento; pero con la tolerancia del ente estatal, el que de manera repentina decide hacer respetar las normas aplicables. En el caso que se examina, no existe una conducta por parte de los concesionarios contraria a las normas contractuales que establecían la reversión, la cual hubiere sido tolerada por la administración que de improviso decidió aplicar la reversión.

Por otra parte, debe observarse que los contratos de concesión habían sido prorrogados hasta el 28 de marzo de 2014.

Dichos contratos fueron terminados con anticipación por parte de los concesionarios. En efecto, Colombia Telecomunicaciones S.A ESP mediante comunicación radicada bajo el número 579352 del 28 de noviembre de 2013 y Comunicación Celular S.A. mediante comunicación radicada bajo el número 579196 del 28 de noviembre de 2013, informaron al Ministerio su voluntad de acogerse al régimen de habilitación general respecto de los servicios de TELEFONÍA móvil celular y solicitaron la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009, así como en virtud del artículo 50 del Decreto 2044 de 2013. De esta manera, los Contratos de Concesión terminaron de forma anticipada el 28 de noviembre de 2013 de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 y a partir de esa fecha inició el término para su liquidación. Tales hechos fueron afirmados por la Demandante (hechos 73 a 76) y aceptados por las demandadas en lo que se refería a cada una de ellas.

Ahora bien, la sentencia C-555 de la Corte Constitucional es del 22 de agosto de 2013 y en ella se dispone “*Primero: Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas*”. Es importante destacar que la demanda que dio origen a esta sentencia fue admitida en febrero de 2013, por lo que desde esa época las concesionarias estaban enteradas de las controversias que estaban surgiendo.

Por consiguiente, a la luz de lo anterior se aprecia que antes de la fecha en que habrían de terminarse los contratos y en la que por consiguiente operaría la reversión, para los Concesionarios era claro que existía una controversia sobre si realmente la reversión quedaba limitada a las frecuencias asignadas.

Además, debe advertirse que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio de la protección a la confianza legítima no tiene por efecto mantener inmodificable la situación de quien lo invoca frente a la nueva norma, sino *“que se les otorgue a estos últimos (se refiere a los particulares) un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica”*¹⁷⁴.

En el presente caso lo que se pretende con la aplicación del mencionado principio es sustraerse de la aplicación de una cláusula contractual tal como fue pactada. Lo anterior implica entonces que la aplicación que se pretende desborda el alcance de dicho principio.

Pero aun si lo anterior no fuera cierto, en todo caso ha de observarse que la Corte Constitucional ha señalado que la aplicación del principio de la confianza legítima no es ilimitado. En efecto en sentencia C-1049 de 2004 dicha Corporación expresó:

“... De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

“En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar “en cualquier tiempo” los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad”. (Se subraya)

Como se puede apreciar, para la Corte Constitucional el principio de la confianza legítima debe ser ponderado con los otros principios constitucionales y la protección

¹⁷⁴ Sentencia C-1049 de 2004

del interés general. En particular, en la sentencia a la que se hace referencia la Corte consideró que no podía declararse inconstitucional una norma que permitía demandar sin término de caducidad una prestación económica otorgada en forma contraria al ordenamiento. Si de dicho caso se extrae la regla que en el fondo justifica la norma acusada y su constitucionalidad en relación con el principio de la confianza legítima, habría que señalar que cuando se actúa en contra del ordenamiento y detrimento del interés general, no puede mantenerse una situación contraria al mismo invocando el principio de la confianza legítima.

En el presente caso, es claro para el Tribunal que a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional C-555 los contratos de concesión establecieron una reversión a favor del Estado sobre bienes distintos al espectro asignado y que la conducta que se invoca en contra de dicha regla, sería contraria al ordenamiento y además contraria al interés general, por lo que a la luz de los principios señalados por la jurisprudencia, no es posible dar aplicación al principio de la confianza legítima para negar la reversión.

Por lo anterior la excepción interpuesta no está llamada a prosperar.

4.5 VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE BUENA FE - VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO QUE PROHÍBE VOLVER CONTRA LOS PROPIOS ACTOS

En su contestación a la demanda Comcel invocó entre sus excepciones el principio que prohíbe la violación de los actos propios (*factum propium non valet*).

4.5.1 Posición de Comcel

Señala Comcel que las actuaciones del Ministerio violentan una figura jurídica que se desprende del principio de la buena fe, según el cual las partes no pueden ir en contra de los actos propios que hayan realizado, principio que tiene manifestaciones particulares en el caso del Estado como contratante. Señala entonces que el Ministerio defraudó la confianza que Comcel depositó de acuerdo con las condiciones del contrato que fueron pactadas, y que se hicieron plenamente evidentes en el momento en que el Ministerio demandó a su contraparte con argumentos exactamente contrarios a los presentados en la demanda actual. A tal efecto se refiere a la demanda de reconvención presentada contra Comcel y Ocel en el año 1999.

Señala entonces que de acuerdo con la Corte Constitucional para que haya lugar a la doctrina del acto propio debe haberse proferido un acto que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de la posición jurídica (i), la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor (ii) y que exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica (iii).

Expresa entonces que el primer criterio se cumple por el hecho de que las conductas del Ministerio generaban la confianza en Comcel de que no tendría que revertir nada diferente al espectro radioeléctrico. El segundo criterio, esto es la decisión revocada unilateralmente por el emisor, se evidencia desde el momento

en el cual comienzan a realizarse las reuniones que buscaban la liquidación de común acuerdo del contrato, en las cuales el Ministerio presentó su nueva posición frente a la reversión. Finalmente existe identidad de las personas que fueron objeto de la primera actuación del Ministerio y de la segunda medida, siendo el Ministerio y Comcel los mismos extremos contractuales.

Por lo anterior señala que se cumplen todos los requisitos que acreditan que el Ministerio violó el régimen de los actos propios, y que, por tanto, las pretensiones que se desprenden del cambio sorpresivo de posición por parte del Ministerio, deben ser desestimadas.

4.5.2 Posición de la Demandante

Señala la Demandante que la excepción debe ser rechazada porque la interposición de la demanda de reconvención interpuesta contra Comcel en el año 1999 no tuvo ninguna trascendencia jurídica. Dicha demanda fue rechazada por “ineptitud de la demanda” y el Ministerio no volvió a insistir en esa acción, ni en ninguna otra para reclamar los efectos de la expedición del artículo 4o de la Ley 442 de 1998, ni frente al contrato 0004 celebrado con Comcel, ni frente a los otros cinco contratos de concesión para la prestación del servicio de TMC.

Agrega que con el ejercicio de la presente acción no se presenta contradicción alguna porque el Ministerio jamás renunció –ni podría hacerlo- a su derecho legal y contractual de exigir la reversión de los bienes afectados directamente a las concesiones en los términos pactados en la cláusula trigésima tercera de los respectivos contratos.

Por otra parte, señala que no toda conducta contradictoria es inadmisibles, pues es lícito volver contra los actos propios cuando se trata de una conducta vinculante *contra legem* o ineficaz.

4.5.3 Consideraciones del Tribunal

Del principio de la buena fe que se encuentra consagrado por el artículo 83 de la Constitución se deriva el principio de no contradicción, en virtud del cual una persona no puede contradecir su conducta previa en detrimento de quien ha confiado en su proceder. Como lo puntualiza Díez Picaso, *“la exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”*¹⁷⁵.

Dicho principio ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

¹⁷⁵ Díez- Picaso y Ponce de León, Luis, La doctrina de los propios actos. – Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosh, Barcelona, 1963, p. 142.

del Consejo de Estado¹⁷⁶ y de la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁷.

En este sentido es pertinente recordar que en Sentencia T-295-99 la Corte Constitucional expresó:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

“ ...

“El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

“a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

“Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

“La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

“b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

¹⁷⁶ Ver por ejemplo, sentencia de la Sección Tercera del 18 de febrero de 2010 (Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596).

¹⁷⁷ Ver por ejemplo, sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de enero de 2011 (Ref: Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01).

“La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

“c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

“Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.”

Debe observarse que para aplicar la doctrina de los actos propios es menester que exista una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz, que es el antecedente en que se funda la expectativa objetiva acerca de un comportamiento futuro coherente. Ahora bien, frente a la eficacia se ha señalado que *“contra los actos propios puede reclamarse cuando con ellos se violan leyes cuya observancia no puede subsanarse por el consentimiento, con perjuicio del interés público”*¹⁷⁸. Además, señala la doctrina que los actos propios han de ser jurídicamente eficaces, y por ello se puede venir contra ellos cuando son inválidos¹⁷⁹. De esta manera, la doctrina de los actos propios no puede impedir volver sobre conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

A lo anterior, se agrega que si bien han existido distintas posiciones acerca de si es posible invocar la doctrina de los actos propios cuando una persona comete un error en casos distintos a aquellos en que la propia ley permite invocarlo¹⁸⁰, la jurisprudencia colombiana ha señalado que no en todos los casos es pertinente aplicar la doctrina de los actos propios.

En efecto, en sentencia del 24 de enero de 2011 (Ref: Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01) dijo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“6. Expuestas así las cosas, es pertinente puntualizar ahora que si bien es evidente la necesidad de que las partes observen aquellas líneas de comportamiento, que no contraríen los derroteros ya trazados en sus conductas, ni, menos, minen su credibilidad en el desarrollo precontractual o contractual con desorientaciones perniciosas; a pesar de tan noble

¹⁷⁸ Cita de Luis Diez Picazo (La doctrina de los actos propios, página 198 y siguientes) de una sentencia del 17 de abril de 1889.

¹⁷⁹ Diez Picazo Ob it, página 201.

¹⁸⁰ Ver Mariana Bernal, El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los Contratos, páginas 256 y siguientes.

propósito, se decía, surge contestable, de todas maneras, que la observancia irrestricta de sus propios actos no aparece como un deber u obligación absolutos, dado que existen hipótesis en las que ante situaciones similares o con respecto a actos desplegados con anterioridad por la misma persona, que sirven de apalancamiento para su actuar en el inmediato futuro, le está deferida la posibilidad de apartarse de los mismos. Por consiguiente, no se trata en casos tales, de viabilizar los cambios inesperados, sorprendivos y contradictorios; ni de imponer, irrestricta e irreflexivamente, la observancia permanente e inmodificable de lo actuado.

“7. En efecto, la supletoriedad o subsidiariedad es una característica de la regla que se comenta, pues no opera de manera automática ni en todos los eventos, luego no es ilimitada; por ello, en las situaciones en que, hipotéticamente, hay incursión en los predios del acto propio, debe sobrevenir la confrontación del suceso en sí con la regulación normativa vigente para determinar la pertinente procedencia. Su vitalidad, entonces, se patentiza en la medida en que el asunto del que se trate no tenga una regulación legal general o especial ante la cual, por su naturaleza, el principio deba ceder. No siempre y de manera rotunda toda reclamación ulterior que pueda contrariar un comportamiento ya agotado debe ser concebida, necesariamente, como la trasgresión de la reseñada regla, pues, como ya se dijera, no son pocas las ocasiones en que la misma ley considera el comportamiento precedente como irrelevante para los efectos de estructurar o encajar en el aludido principio.

“8. Ciertamente, existen condiciones o circunstancias que aconsejan e, inclusive, imponen, la variación de comportamientos precedentes. Hay hipótesis en donde es el propio ordenamiento el que autoriza apartarse de la proyección generada a partir de los actos realizados anteriormente, por lo que, sin duda, variar de conducta y sustraerse o distanciarse de las líneas demarcadas durante un período suficiente para haber generado en el cocontratante algún grado de confianza o la creación de expectativas, no resulta dañino ni deviene atentatorio de la teoría que se comenta.

“Propicio resulta citar como ejemplos de esta última referencia, la consagración expresa de la retractación en el contrato de venta, incluso, la suposición legal de que ciertos comportamientos indicarían no querer avenirse al contrato (arts. 1858 y ss C. C.); las donaciones revocables (arts. 125 y 1194); o la condonación de una deuda en testamento (Art. 1187 C.C.); el mismo desistimiento (art. 344 C. de P. C.); el artículo 1259 del C. de Co., con características similares al caso objeto de estudio, en donde, a pesar “de la aprobación de la cuenta”, no queda prohibida o excluida la posibilidad de “impugnarla por errores de cálculo”, etc. Por manera que existen eventos en que el sujeto interesado puede apartarse, válidamente, de sus actos anteriores sin que ello le ubique en el supuesto que se evalúa.

“Agrégase, en procura de enriquecer de argumentos este aparte, la hipótesis de no poca ocurrencia, como es la incursión de errores en diferentes campos y, por ahí mismo, evocando la teoría mencionada,

vivificándola de manera permanente e inmodificable, de modo que el individuo inmerso en tal situación no podría sustraerse de lo ejecutado en el pasado, pues contrariaría aquellos postulados del acto propio. Tal situación, por supuesto, resulta repelida por el sentido común, pues sería tanto como obligar al individuo a que permanezca en el error, no obstante su propósito de corregir. Para ilustrar el punto de vista que acaba de asentarse viene al caso, paradigmáticamente, por demás, la regla contenida en el artículo 2313 del Código Civil conforme a la cual puede repetirse lo indebidamente pagado.” (Se subraya)

De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido que la prohibición de volver contra el acto propio no debe aplicarse en aquellos casos en que la ley prevé otra solución o cuando se ha obrado por error. Si bien la ley prevé que los actos jurídicos pueden invalidarse por error, es claro que también debe considerarse el error en la ejecución del contrato. En efecto, el propio ordenamiento lo contempla cuando prevé que se puede repetir lo pagado por error. Así las cosas, si quien piensa erróneamente pagar una obligación contractual, puede repetir lo pagado, es apenas lógico que quien por error acepta una ejecución contractual puede igualmente, cuando cae en cuenta de su error, reclamar por ello.

En este punto se reitera que en materia de interpretación de los contratos uno de los criterios que adopta el Código Civil para determinar el sentido de los mismos es la ejecución del contrato por las dos partes o por una parte con el consentimiento de la otra (artículo 1622). Como ya se dijo y se repite ahora, la doctrina ha señalado que en estos casos debe tenerse en consideración si se actúa por error. Así Don Luis Claro Solar señalaba que *“La ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio”*¹⁸¹ (se subraya). Igualmente Santoro¹⁸² señala que la regla consagrada en el artículo 1564 del Código Civil Chileno (equivalente al 1622 del Código Civil Colombiano), no se aplica cuando *“no hay voluntad de aprobar o esta se encuentra viciada”* como es *“En caso de «error», es decir, cuando la aplicación práctica del contrato es el resultado de un mal entendido sobre la extensión del deber de prestación”*¹⁸³ o *“En caso de falta de atención, es decir, cuando la aplicación práctica del contrato ha tenido lugar por inadvertencia de uno de los contratantes.”*

En el presente caso, puede apreciarse que antes del fallo C-555 de 2013, en el cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, podía haber discrepancias u opiniones sobre la aplicación de la reversión a contratos de concesión que se encontraban vigentes cuando entró a regir la ley 422 de 1998, por razón de artículo 4° de la misma.

¹⁸¹ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1979. Tomo duodécimo, página 20.

¹⁸² La Interpretación del Contrato en el Derecho Chileno. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Editora Jurídica Grijley, Rubinzal Culzoni Editores y Universidad Externado de Colombia. Perú 2007, Tomo II, página 1323.

¹⁸³ A tal efecto cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

En este punto se aprecia que, como ya se dijo, en los procesos iniciados por Comcel y Ocel contra la Nación, la apoderada de la misma al presentar la demanda de reconvencción adoptó la interpretación de que la Ley 422 de 1998 era aplicable al contrato objeto de este proceso. Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013, que hace tránsito a cosa juzgada, señala que la interpretación sobre el efecto de dicha norma es otra y, además, lo hace teniendo en consideración razones constitucionales. Lo anterior implica entonces a partir de dicha sentencia, que la interpretación adoptada por la apoderada del Ministerio era equivocada. Existiendo entonces un error, no debe aplicarse la teoría del acto propio sobre todo si la misma conduce a un resultado contrario al interés público.

En ese orden de ideas, no encuentra el Tribunal que existieran actos de ejecución del contrato de concesión por parte del Ministerio que permitieran claramente concluir que no habría reversión de los bienes y elementos afectados al contrato de concesión. Por lo demás si los hubiera tales actos estarían afectados por el mismo error.

Por lo anterior se negará la excepción formulada.

4.6 INEXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS

4.6.1 Posición de Comcel

Señala Comcel que en el remoto caso de que el Tribunal encontrara que existe una obligación del concesionario de revertir algún bien adicional, este debe ser entregado en las condiciones en las cuales se encuentra como producto del desgaste de la ejecución del contrato, y de ninguna manera se puede pretender que Comcel deba reconocer suma alguna por concepto de daños o perjuicios, que son inexistentes, como de manera equivocada lo solicita la Convocante.

4.6.2 Posición de la Demandante

La Demandante señala que la excepción no procede, por cuanto la pretensión 1.5 de la demanda solicita la indemnización de perjuicios para el caso en el cual las unidades pertinentes se encuentran deterioradas en mayor grado que el aceptable por el desgaste normal.

4.6.3 Consideraciones del Tribunal

Dado que en el presente caso el Tribunal no ordenará la restitución material de los activos sino una compensación económica que además tiene en cuenta el deterioro que deben tener los activos, es claro que esta excepción no procede.

5 LA CONTRADICCIÓN DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

Los dictámenes periciales técnico y financiero que fueron decretados en el curso del proceso, fueron objeto de contradicción por las partes, que inicialmente

solicitaron aclaraciones y complementaciones y posteriormente presentaron dictámenes periciales de parte para demostrar los errores en los que a su juicio incurrieron los dictámenes practicados en el curso del presente proceso.

5.1 LAS OBSERVACIONES DE COMCEL

En su crítica al dictamen pericial técnico, Comcel hace referencia a una serie de aspectos que procede el Tribunal a analizar:

5.1.1 Observaciones al dictamen pericial técnico practicado en el proceso

Delimitación incorrecta de la cobertura: Señala Comcel que para cada uno de los cuatro hitos temporales, el perito toma en consideración la planta de equipos total, obviando de manera errónea que sus inventarios técnicos deberían haberse limitado a los activos que hacían parte de forma exclusiva del Plan Mínimo de Expansión (PME) y el Plan Mínimo de Vías (PMV). Así mismo advierte que aún en el caso de que se entendiera que la valoración debía ser de la totalidad de la red para efectos del dictamen, los inventarios realizados duplican la información contenida en varios de los hitos, como lo denunció Analysys Mason en su dictamen de contradicción.

En relación con este punto advierte el Tribunal que como ya se indicó en otro aparte de este Laudo, la reversión no está limitada al Plan Mínimo de Expansión ni al Plan Mínimo de Vías, por lo que en este aspecto no encuentra reparo al trabajo del perito.

En cuanto hace referencia a que los inventarios duplican la información contenida en varios hitos no encuentra el Tribunal acreditado que en los dictámenes periciales del perito técnico y financiero y sus aclaraciones se haya incurrido en dicha duplicación.

Delimitación incorrecta del espectro concesionado: Señala el apoderado de Comcel que para las fechas de corte de 2013 y 2016, el perito incluye equivocadamente en sus inventarios la proporción de los activos necesarios para la adecuada explotación de los bloques de espectro de 10MHz y 5MHz otorgados respectivamente en los años 2009 y 2011 en la banda de 1900MHz que no forman parte del contrato de concesión y cuyo alcance es la operación de servicios móviles terrestres, no servicios de Telefonía Móvil Celular. Agrega que así mismo, incluye el bloque de espectro del año 2004, consistente en la entrega de 15MHz en la banda de 1900 MHz, a pesar de que la misma hace parte de una pretensión diferente, relacionada con la devolución de los bienes con los que se pagó la obligación de hacer, con lo cual el Tribunal no está en capacidad de desagregar una pretensión de la otra.

En relación con la observación de Comcel encuentra el Tribunal que no existe un error en el trabajo del perito técnico, pues como se expuso en otro aparte del laudo, lo que debe revertir son los bienes y elementos afectados al servicio de telefonía móvil celular que es el objeto del contrato de concesión y no los bienes afectados a un determinado espectro. Por lo demás, en cuanto a los bienes que se utilizaron

para cumplir la obligación de hacer asumida en el año 2004, observa el Tribunal que en todo caso dichos bienes fueron valorados por aparte por el perito financiero, en el escenario 5 que aparece en sus aclaraciones, lo que le permite a Tribunal adoptar la decisión que corresponde, como se expone en otro aparte de este laudo.

Delimitación incorrecta del servicio de voz concesionado: Señala el apoderado de Comcel que si bien el perito técnico parece colaborar con el perito financiero para la definición de escenarios que delimiten el valor atribuible a los servicios de voz y datos, no realiza ninguna consideración al respecto en sus inventarios técnicos, que no acusan ninguna proporción en función de su utilización para servicios de voz o datos. Agrega que la obligación, de existir, es la entrega de una serie de bienes, y por tanto al no hacer la distinción en el inventario de bienes para voz y de bienes para datos, no está cumpliendo con el objetivo de determinar el inventario de bienes de la concesión. Dicha situación, reitera no implica la imposibilidad de hacerlo, sino que implica que el Ministerio no logró probar sus pretensiones.

Sobre el particular encuentra el Tribunal que en su dictamen el perito claramente precisó que en las redes 3G *“solo es posible dividir o separar físicamente los elementos de red SGSN y GGSN pertenecientes al Subsistema de Core como los únicos elementos de red que atienden servicios VAS provenientes de plataformas interconectadas vía protocolo IP sin que pierdan su funcionalidad. Los demás elementos de red atienden de manera compartida tanto el servicio de voz como el de VAS y datos y no es posible separarlos físicamente sin que pierdan funcionalidad.”* Así mismo en sus aclaraciones el perito técnico:¹⁸⁴ expresó que *“desde el punto de vista estrictamente técnico no se puede separar físicamente la proporción en que son utilizados los elementos de una red de TMC, que se utilice conjuntamente para cada uno de los diferentes servicios que se prestan simultáneamente por la misma red. Aunque también se aclara que en el caso de los servicios móviles (TMC y/o datos), es posible diferenciar a nivel del subsistema Core, los elementos que se utilizan exclusivamente para la voz de los que se usan exclusivamente para datos, más no a nivel de los otros subsistemas de la red (Acceso, Transmisión, OSS), en los cuales se comparten los recursos físicos y lógicos disponibles.”*

Fue en razón de lo anterior que los peritos determinaron la proporción del tráfico de voz para la fecha del fin de la vigencia de los contratos de concesión que permite determinar el valor que debe reconocerse a la Nación¹⁸⁵.

Por consiguiente, no encuentra el Tribunal que la crítica formulada desvirtúe el trabajo pericial.

Delimitación incorrecta de la infraestructura: Señala el apoderado de Comcel que los inventarios técnicos determinados por el perito no establecen ninguna delimitación en términos de infraestructura activa atribuible al contrato de concesión e infraestructura pasiva que habría de quedar fuera del perímetro del contrato de concesión. Así mismo, para cada uno de los cuatro periodos, se incluyeron todos

¹⁸⁴ Página 37 de las aclaraciones.

¹⁸⁵ Página 40 de las aclaraciones del perito técnico.

los elementos pasivos de la red cuando ni siquiera el Perito Técnico listó todos los elementos pasivos en el sub-segmento de acceso.

Como se expuso en otro aparte del Laudo la reversión debe operar sobre todos los bienes y elementos directamente afectados a la concesión de telefonía móvil celular, lo que implica tener en cuenta la necesidad de los bienes que se utilizan para prestar el servicio, esto es una comunicación completa entre los usuarios.

Desde este punto de vista es evidente que no procede la distinción entre la infraestructura activa y la infraestructura pasiva, en la medida en que ambas se requieren para prestar el servicio. A tal efecto, en la página 15 de las aclaraciones al dictamen técnico, el perito incluyó los elementos activos y pasivos requeridos para prestar el servicio de telefonía móvil celular. En dicho cuadro se encuentran elementos de red pasivos, como torres, estructuras, soportes, equipos de energía, grupo electrógeno, subestación eléctrica, caseta, baterías y aire acondicionado. Pero debe aclararse que el perito no toma en cuenta los edificios en que se colocan las antenas, porque los edificios no están directamente afectados al servicio.

Lo anterior demuestra que el perito no incurrió en error.

Delimitación incorrecta del inventario técnico en 1999, 2004 y 2016: Señala el apoderado de Comcel que la extrapolación realizada para obtener resultados en los años 1999, 2004 y 2016 presenta inconsistencias, además los peritos no han aprovechado la posibilidad de valorar el año 2016 con datos reales, disponiendo de suficiente información.

En relación con las observaciones formuladas por el apoderado de Comcel se advierte que el mismo no señala las inconsistencias a que se refiere en este aparte y que a su juicio existen en el trabajo del perito técnico, por lo que dicha observación por su falta de precisión no puede ser tomada en cuenta por el Tribunal.

Por lo que se refiere a la observación que se formula en el sentido que debió tomarse la información a 2016, advierte el Tribunal que como se explicó en otro aparte de este Laudo, la valoración debía hacerse a la fecha de terminación del contrato y el perito no pudo obtener toda la información requerida de los elementos que le fueron suministrados por Comcel.

A este respecto ha de observarse que al perito técnico en sus aclaraciones manifestó:

“Es pertinente aclarar que la información contable suministrada por Comcel al perito financiero en el dictamen pericial, fue analizada por el perito técnico y si bien es una información detallada extraída del sistema financiero y contable SAP, a partir de ella no es posible determinar completamente la información requerida para elaborar un inventario técnico, de elementos por cada subsistema, que cumpla con las especificaciones y sea plenamente identificable de forma funcional; motivo por el cual el perito técnico tuvo que recurrir a otras fuentes como los formatos reportados por los concesionarios al MINTIC.

“En efecto, la información contable de Comcel contenida en el archivo en Microsoft Access, recibida anteriormente con el nombre Entregable Noviembre 2013-2016.accdb., se maneja una definición de sitio más amplia que la indicada en el formato 7 de la Resolución 3484 de 2012, reportado por los Concesionarios al MINTIC, la cual indica que este formato “Corresponde al inventario de cada uno de los sitios (infraestructura civil) con una o más estaciones base instaladas de telecomunicación móvil 2G, 3G, 4G o posteriores”. A manera de ejemplo, la información contable incluye otro tipo de “sitios” tales como: “Proyecto de Fibra Óptica”, “Plataforma NAP”, “Desmantelamiento bodegas AF”, entre otros.

“Adicionalmente, en la información contable analizada anteriormente, se incluyen registros que corresponden a gastos capitalizables que financieramente pueden ser considerados como un mayor valor del activo, tales como: Administración e imprevistos, análisis diseño estructural, Al (10%), alquiler de vehículo, servicios profesionales licencia construcción, servicios de implementación, cimentación torre, entre otros; pero desde el punto de vista técnico, esta información no es suficiente para elaborar un inventario de elementos instalados en la red.

“Pese a lo anterior, se intentó adelantar un análisis para cada subsistema de la red TMC y a continuación, se presenta un ejemplo del resultado que se obtiene para cada subsistema, en un par de sitios tomados de dicha información y con los datos correspondientes al 2013.

SUBSISTEMA RED DE ACCESO

- Propiedad: Del listado no es posible obtener este dato.*
- Cantidad TRX en UMTS: No se encuentra.*

SUBSISTEMA DE TRANSMISION

- Segmento de Red: No es posible obtenerlo de la información.*
- Información Punto A:*
 - *Código: Se tiene el Código Técnico.*
 - *Nombre: Se obtiene directamente.*
 - *Dirección: No se encuentra*
 - *Departamento: Se puede identificar.*
 - *Municipio: Se puede identificar.*
 - *Longitud: No se encuentra.*
 - *Latitud: No se encuentra.*
- Medio de Transporte: Se puede identificar.*
- Capacidad Instalada: No se encuentra.*
- Frecuencia Operación Microonda: Se puede encontrar la banda de operación, pero no la frecuencia de operación*
- Configuración: Se puede obtener no en todos los casos.*
- Información Punto B:*
 - *Código: No se encuentra.*
 - *Nombre: No se encuentra.*
 - *Dirección: No se encuentra*
 - *Departamento: No se encuentra.*

- *Municipio: No se encuentra.*
- *Longitud: No se encuentra.*
- *Latitud: No se encuentra.*

...

SUBSISTEMA CORE

- CCM/MSC*
- Nombre: Se obtiene directamente.*
- Dirección: No se encuentra*
- Departamento: Se puede identificar.*
- Municipio: Se puede identificar.*
- Capacidad Instalada (BHCA): Se encuentra parcialmente.*
- Tecnología: No se encuentra para todos los casos.*

...

SUBSISTEMA OSS

- Nombre: Se obtiene directamente en los sitios de la red de acceso y core. La parte correspondiente a los Network Operation Center (NOC) no se encuentra discriminada en la información enviada, por ejemplo, NOC Ortezal en el cual se realizó la visita técnica.*
- Dirección: No se encuentra*
- Departamento: Se puede identificar.*
- Municipio: Se puede identificar.*
- Nombre sistema: No se encuentra*
- Fabricante: Se puede identificar en algunos casos en los sitios*

“Todo lo anterior ilustra que la información recibida no es suficiente para determinar los inventarios solicitados en la pregunta 2 del MINTIC, como fueron requeridos al concesionario y que eran necesarios para absolver los cuestionarios planteados, con miras a una valoración de los mismos, como compensación económica, en caso de no proceder una reversión física de los bienes a revertir.”

Como se puede apreciar del texto que se ha transcrito, el perito técnico no utilizó la información que señala la Demandada, porque la misma no contenía todos los elementos que requería para su trabajo. Ahora bien, no se ha demostrado que las razones aducidas por el perito no son ciertas, por lo que el Tribunal considera que la crítica formulada no es procedente.

5.1.2 Observaciones al dictamen pericial financiero y contable de la firma Valora

Señala el apoderado de Comcel que las valoraciones efectuadas por el perito financiero son equivocadas, porque las mismas se basan en el dictamen técnico, con lo cual todos los errores que el primero cometió y que ya fueron probados, repercuten en una valoración errónea que contempla elementos que no deben ser valorados si lo que se busca es determinar la reversión de activos en el marco de los contratos de concesión 004, 005 y 006 de 1994. Agrega que además de tales puntos, el perito financiero comete sus propias equivocaciones.

Sobre este primer aspecto considera el Tribunal que como ya se examinó respecto

del dictamen técnico, el Tribunal no encuentra que el perito haya incurrido en los errores que denuncia el apoderado de Comcel. Por tal razón tampoco existe el error consecuencial del perito financiero que señala el apoderado de Comcel.

Expresa el apoderado de Comcel que la controversia más relevante respecto del dictamen del perito financiero consiste en su delimitación del perímetro de valoración de los inventarios de bienes y equipos. Afirma que las valoraciones económicas realizadas sobreestiman, por tanto, de forma muy grosera el valor del equivalente económico de la reversión, para todas las fechas de corte analizadas, 1999, 2004, 2013 y 2016. El apoderado destaca lo que considera la gravedad de los siguientes aspectos:

Incorrecta definición de escenarios de valoración: Expresa el apoderado de Comcel que la definición de los escenarios objeto de valoración es completamente inadecuada e insuficiente. Las principales dimensiones objeto de análisis, como se constata en los cuestionarios y en las posteriores solicitudes de aclaraciones y complementaciones, permanecen no evaluadas.

Sobre el particular advierte el Tribunal que el apoderado no precisa de manera clara las razones por las cuales los escenarios planteados por el perito son inadecuados e insuficientes, razón por la cual esta crítica no puede ser considerada por el Tribunal.

Falta de atribución proporcional de valor en escenarios de valoración: Señala el apoderado de Comcel que a pesar de las numerosas solicitudes de complementaciones formuladas, el perito financiero hace caso omiso y evita abordar una metodología de valoración que contemple escenarios en función de la atribución de proporción de valor para los elementos de red comunes a diferentes servicios, frecuencias o tecnologías.

En relación con este punto considera el Tribunal en primer lugar que el apoderado no precisa cuáles escenarios pertinentes que hubieran podido ser estimados no fueron tomados en cuenta por el perito. En segundo lugar, el hecho de que el perito haya tomado unos escenarios y no otros no significa que los que tomó sean equivocados. Para concluir que los escenarios no son correctos habría que demostrar puntualmente el error cometido en ellos. Por lo anterior esta crítica no afecta el valor probatorio del dictamen.

Valoración incorrecta de la cobertura: Advierte el apoderado de Comcel que para cada uno de los cuatro hitos temporales, se toma en consideración la planta de equipos total, identificada erróneamente por el perito técnico, obviando de manera errónea que su valoración económica debería haberse limitado a los activos que hacían parte de forma exclusiva del Plan Mínimo de Expansión (PME) y el Plan Mínimo de Vías (PMV).

En relación con esta crítica al dictamen financiero encuentra el Tribunal que como ya se señaló en otro aparte de este laudo, la reversión no puede limitarse al Plan Mínimo de Expansión o al plan mínimo de vías, razón por la cual la crítica que se formula en este punto es infundada.

Valoración incorrecta del espectro concesionado: Expresa el apoderado de Comcel que para las fechas de corte de 2013 y 2016, el perito incluye equivocadamente la proporción de valor asociada a los activos necesarios para la adecuada explotación de los bloques de espectro de 10MHz y 5MHz otorgados respectivamente en los años 2009 y 2011 en la banda de 1900MHz, que no forman parte del contrato de concesión, cuyo alcance es la operación de servicios móviles terrestres, no servicios de Telefonía Móvil Celular.

Con respecto a esta crítica observa el Tribunal que como ya se indicó en otro aparte de este laudo, la cláusula de reversión cubre los elementos y bienes afectados al servicio, por lo que no hay razón para distinguir según el espectro que se emplee para prestar el servicio. Por tal razón considera el Tribunal que la crítica formulada no es procedente.

Valoración incorrecta del servicio de voz concesionado: Señala el apoderado de Comcel que los escenarios 1 y 2 no hacen ninguna diferencia entre el servicio de voz concesionado y otros servicios, como los de valor agregado o datos que son ajenos a la concesión de TMC. Adicionalmente, el primero de los escenarios que trata de delimitar el valor atribuible a los servicios de voz y datos, “Escenario 3”, contiene errores graves en términos de enfoque conceptual al realizar una ponderación histórica de inversiones en vez de considerar la proporción de tráfico a la fecha de corte de relevancia. Así mismo, el perito comete errores en los supuestos y en el manejo de insumos de datos, al ignorar la existencia de volúmenes de tráfico de datos en el periodo 2001-2008, como fue demostrado en la audiencia del 7 de junio de 2017.

En relación con estas críticas observa el Tribunal que el perito presentó diversos escenarios para que el Tribunal pudiera escoger el más adecuado para adoptar las decisiones que se toman en este laudo. Por consiguiente, no encuentra el Tribunal que sean procedentes las críticas formuladas para desestimar el trabajo pericial, sin perjuicio de que el Tribunal en otro aparte de este laudo determine cuál escenario debe tomarse.

Valoración incorrecta de la infraestructura: Expresa el apoderado de Comcel que ninguna de las valoraciones analiza un escenario que restrinja el perímetro de valoración a la infraestructura activa de Comcel atribuible al contrato de concesión. Todos sus escenarios incluyen la totalidad de la red, incluyendo tanto infraestructura activa como pasiva.

En relación con este punto considera el Tribunal que como ya se dijo la reversión cobija todos los bienes y elementos directamente afectados al contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, por lo que comprende no sólo la infraestructura activa, sino también la pasiva, en la medida en que sin ella no puede establecerse la comunicación entre los usuarios del servicio.

Por tal razón no procede la crítica formulada.

Valoración incorrecta del inventario técnico en 1999, 2004 y 2016: Afirma el

apoderado de Comcel que la extrapolación realizada para obtener resultados en los años 1999, 2004 y 2016 presenta numerosas inconsistencias y la utilización de los parámetros para el escalado en función de estaciones base, tráfico, etc. no queda justificada, cuando los resultados son enormemente sensibles a la determinación de dichos valores. Los resultados obtenidos en su dictamen original y en su peritazgo final presentan unos valores absolutamente desproporcionados entre sí para 1999 y 2004, sin que se ofrezca ninguna justificación convincente que explique las elevadísimas desviaciones de sus valoraciones. Además, el perito, disponiendo de suficiente información, no ha aprovechado la posibilidad de valorar el año 2016 sobre la base de datos contables reales a dicha fecha.

Con respecto de esta crítica advierte el Tribunal que la misma es consecuencia de la formulada al perito técnico, que el Tribunal ha considerado infundada. A este respecto debe observarse que en sus aclaraciones al dictamen financiero, el perito explicó las metodologías que utilizó para su valoración¹⁸⁶, sin que se haya demostrado que las mismas son técnicamente equivocadas.

Falta de justificación sobre las metodologías de valoración adecuadas para el presente caso: Señala el apoderado de Comcel que el perito financiero utiliza tres variantes alternativas de valoración contable. Dos de ellas se incluyen en respuesta a una pregunta del Ministerio que solicitaba la utilización de valor de reposición a nuevo y valor de reposición actual, si bien estos métodos de valoración no resultan adecuados para el propósito de cálculo del equivalente económico de una reversión de activos, y además su cálculo utiliza una actualización según un método de índices de precios que está basado en suposiciones demasiado generales y poco representativas de los activos de telecomunicaciones con un alto grado de diversidad como los que son objeto de valoración, y que están sometidos a un proceso de progreso tecnológico muy dinámico que no ha sido factorizado en el análisis. Si bien el perito incluye motu proprio como una alternativa válida el valor contable neto, que considera el apoderado de Comcel que es la opción válida para el propósito del caso por ser un reflejo y un registro suficientemente fiel, el perito no enfatiza los beneficios de utilizarlo frente a los valores de reposición.

En definitiva, considera el apoderado de Comcel que la valoración económica del perito utiliza una metodología errónea, omite numerosos escenarios relevantes, que quedan por tanto sin una referencia de valoración para el Tribunal. En consecuencia, todas las valoraciones presentadas sobreestiman notablemente el equivalente económico de una eventual reversión, y por consiguiente considera que quedó demostrado el error grave del informe pericial financiero por cuanto no puede representar una referencia cuantitativa válida.

En relación con la crítica anterior considera el Tribunal lo siguiente:

En su dictamen financiero el perito realizó la estimación de los valores de acuerdo con lo que le preguntaron. En esta medida al perito se le solicitó calcular el valor a reposición a nuevo y así lo hizo. Por otra parte, incluyó también otros valores determinados con la metodología que consideró que era la más adecuada para el

¹⁸⁶ Páginas 96 y siguientes de las aclaraciones al dictamen financiero.

propósito del dictamen. No encuentra el Tribunal que se haya acreditado que en dichos ejercicios de valoración el perito haya incurrido en error. En esta medida no considera el Tribunal que la crítica al trabajo pericial sea pertinente.

5.2 OBSERVACIONES A LOS DICTÁMENES POR PARTE DEL PERITO DE TELEFÓNICA

Para contradecir el dictamen de los peritos designados por el Tribunal, Telefónica presentó un dictamen elaborado por la firma Axon Partners Group Consulting SL, con motivo de lo cual el Tribunal examinará las críticas contenidas en el mismo.

Delimitación geográfica de acuerdo al PME y al PMV

Señala el perito¹⁸⁷ de Telefónica que en las valoraciones realizadas por el Perito Financiero se ha considerado prácticamente la totalidad de la planta asociada a la operación móvil para determinados hitos y metodologías incluidas en el peritaje. Si bien en algunos casos se incluyen factores correctores o ajustes por otros criterios operativos, éstos no se corresponden con la realidad del Plan Mínimo de Expansión (en adelante “PME”) y del Plan Mínimo de Vías (en adelante, “PMV”), a pesar de que la pregunta 2 del Ministerio parece indicar que se tenga en cuenta tal delimitación.

En dichos casos se estarían considerando incorrectamente activos e inversiones que quedan fuera de la obligación relativa al PME y al PMV.

Sobre el particular considera el Tribunal que como ya se indicó en otro aparte de este Laudo, la reversión no se encontraba circunscrita al Plan Mínimo de Expansión o al Plan Mínimo Vial. Por lo anterior no encuentra el Tribunal procedente la crítica al Dictamen pericial.

Delimitación de los elementos de red que soporten los servicios de Voz

Señala el perito de Telefónica¹⁸⁸ que en los escenarios 3 y 4, el Perito Financiero ahora ha considerado un porcentaje de uso de los servicios de voz sobre los activos afectos por la valoración. Agrega que aunque el escenario 4 es el que mejor se aproxima a la realidad tecno-económica para una red de telecomunicaciones, el valor del porcentaje calculado para la voz (32%) debería ser inferior. Lo anterior debido a que el porcentaje asociado a la voz ha sido calculado siguiendo una metodología *top-down*, la cual presenta inexactitudes al atribuir toda la capacidad de reserva que se tiene en la red entre servicios que realmente no hacen uso de ella.

Por lo anterior, la mejor aproximación consiste en seguir una metodología *Bottom-Up*, como la presentada en la sección 4 del dictamen del perito de Telefónica, donde con base en la demanda se calcula el número de elementos necesarios para satisfacer dicha demanda de forma eficiente, e implícitamente se obtiene un

¹⁸⁷ Página 21 y siguientes de su dictamen

¹⁸⁸ Página 33 y siguientes de su dictamen.

porcentaje inferior de utilización de la red para los servicios de voz.

Señala el perito de Telefónica que la aproximación sugerida por el Perito Técnico respecto a la aplicación de la proporción de voz únicamente al incremento de los activos entre el hito inicial y el hito asociado al momento de la reversión no se considera apropiada. Lo anterior debido a que el inicio de la prestación de servicios agregados (p.ej. SMS, datos) no requirió solamente de un incremento de la planta de activos de Telefónica, sino que también consistió en la introducción de múltiples mejoras a su planta de activos. De hecho, los activos del hito inicial no existen en la actualidad, e incluso desde el momento en que el tráfico de datos ha ido en aumento ha sido necesaria una renovación permanente de los elementos de red.

Señala por otra parte que con base en el factor de conversión obtenido, el Perito Técnico calcula que *“la proporción del tráfico de voz para la fecha del fin de la vigencia de los contratos de concesión (noviembre de 2013), equivale al 33,02% del total del tráfico cursado en dicho corte”*. Sin embargo, el Perito Financiero en la valoración realizada en el escenario 4, para el hito de 2013, no parece considerar el porcentaje de voz calculado por el Perito Técnico de 33%, en su lugar ha estimado un porcentaje de 32%. Aunque la diferencia entre estos porcentajes no es muy amplia, considera que el Perito Financiero no debería entrar a realizar estimaciones de carácter técnico.

Advierte que las valoraciones financieras realizadas por el Perito Financiero en los escenarios 1 y 2, con base en los inventarios técnicos descritos en la sección anterior o sin considerar que gran parte de la red es compartida para la prestación de servicios adicionales más allá de la voz, por definición no reflejan adecuadamente los activos afectos al contrato de concesión desde una perspectiva de prestación de servicio. Se entiende que las inversiones adicionales requeridas para la prestación de servicios adicionales no están ligadas al contrato de concesión, por lo cual no deberían considerarse dentro del cálculo de las compensaciones. Por lo cual, los elementos de red o la proporción de los mismos asociada a estos servicios adicionales debería excluirse a efectos de cualquier cálculo.

Agrega el perito de Telefónica que el Perito Financiero en su valoración ha empleado en los escenarios 3 y 4 un porcentaje de proporcionalidad relativo a los servicios de voz. Afirma que ninguna de los dos escenarios se estima correcto por parte de Telefónica por los siguientes motivos:

Escenario 3: En este escenario solo se aplica la proporción relativa a los servicios de voz sobre los activos instalados entre el hito inicial y el hito asociado al momento de la reversión, incluso cuando los activos del hito inicial no existen en la actualidad y la base contable usada por el Perito Financiero corresponde al año 2013, donde la mayoría de los elementos de red están asociados a los servicios de voz y datos conjuntamente.

Escenario 4: Si bien bajo este escenario se aplica la proporción relativa a los servicios de voz sobre la totalidad de los activos afectos, la metodología usada corresponde a una metodología Top-Down, con la cual se obtienen proporciones

relativas a los servicios de voz mayores a las proporciones realmente requeridas. Esta problemática se encuentra también en el Escenario 3 anterior.

En relación con estas observaciones del perito de Telefónica advierte el Tribunal que no encuentra acreditado que los cálculos del perito sean erróneos. Por otra parte, lo que hizo el perito financiero designado por el Tribunal fue elaborar varios escenarios, teniendo en cuenta las preguntas que le fueron formuladas para que el Tribunal escogiera la que más se ajustaba a lo dispuesto por el contrato. Por otra parte, si se revisa el porcentaje de distribución entre red y voz que señala el perito técnico y se confronta con los que utiliza el perito financiero en sus escenarios se advierte que los mismos se refieren a diferentes períodos. En efecto, el perito técnico al hacer el cálculo indica que el porcentaje que calcula se refiere a noviembre de 2013¹⁸⁹, en tanto que los porcentajes que utiliza el perito financiero corresponden a las tablas que aparecen en la página 19 y siguientes de las aclaraciones al dictamen financiero.

Por esta razón considera el Tribunal que no aparece demostrado el error en el trabajo de los peritos designados en el curso del proceso.

Consideración del Valor Neto como referencia para la valoración

Señala el perito de Telefónica ¹⁹⁰ que en las valoraciones realizadas por el Perito Financiero se ha considerado un valor de reposición a nuevo y un valor actual, los cuales han sido estimados para cada uno de los hitos incluidos en el peritazgo con base en el valor de adquisición reflejado en los documentos contables de las concesionarias.

Señala que los parámetros que han sido utilizados para realizar el cálculo de valor de reposición a valor actual (Factores de Ponderación (FP1 y FP2), Factor de estado y Vida Útil) de cada clase de activo, no tienen un sustento técnico que permita garantizar la robustez de los mismos.

Agrega que no es razonable ni necesario utilizar unas aproximaciones contables de los valores de los equipos emplazados objeto de la concesión, puesto que el valor neto ya refleja el valor real de los activos en el momento requerido, el cual es equivalente al valor no amortizado o amortizable de dicho activo. Además, los parámetros empleados para realizar las aproximaciones mencionadas deben contar con el sustento técnico suficiente que acredite la validez de cada uno de dichos parámetros, lo cual no ha sido fundamentado por los peritos.

Advierte que la valoración de los activos objeto del contrato de Concesión mediante el *método de Costos de Reposición Depreciado* genera dudas y controversia por lo siguiente:

El método usado por el Perito Financiero intenta establecer el valor comercial de cada activo a partir de una estimación del costo actual o costo de

¹⁸⁹ Página 40 de las aclaraciones al dictamen técnico.

¹⁹⁰ Páginas 60 y siguientes de su dictamen.

compra/construcción de un bien semejante, al que le resta posteriormente la depreciación acumulada. Por lo tanto, la valoración estaría ligada a una perspectiva comercial, más no técnica; es decir, podría entenderse que el valor de los activos se basaría únicamente en cuanto estaría dispuesto a pagar un mercado determinado sobre los bienes objeto.

En caso de realizarse una valoración física de los activos, el valor de afectación contable para el concesionario sería igual al valor neto en libros de los activos. Asimismo, el valor que debería registrar el ministerio en sus estados financieros es dicho valor neto junto con la vida útil remanente de los activos en cuestión.

Los valores usados para las variables Fe, FP1, FP2 y VU no tienen el suficiente sustento técnico para justificar plenamente el porqué de la elección de dichos valores. Cada uno de ellos se basa en diferentes modelos, cuyos insumos no han sido contrastados, poniendo en duda su validez y razonabilidad técnica para el peritazgo que nos ocupa.

Agrega que el valor neto de cada uno de los elementos de valoración se correspondería con los costos necesarios para colocar el bien en servicio y operación en su estado actual. Por lo anterior, los activos deberían ser afectados contable y financieramente por su valor neto en libros y no mediante costos revaluados o actualizados mediante diversos métodos, entre otros porque los valores netos registrados en la contabilidad financiera han sido auditados y ya reflejan un valor razonable de mercado, contrario a lo que parece estimar el Perito con el valor de reposición a nuevo y actual.

En conclusión, el valor neto en libros es un valor acorde a la realidad física y tecnológica de los activos incluidos en el Contrato de Concesión, y debería ser usado por el Perito Financiero para el cálculo de la valoración y estimación de la eventual compensación.

Sobre el particular considera el Tribunal que, como se expone en otro aparte de este laudo, la compensación económica debe corresponder al valor de lo que habría recibido el Ministerio en caso de una reversión física. Desde este punto de vista, para el Tribunal el valor neto contable no es el que refleja de mejor manera dicho valor, en la medida en que este valor varía en función de las políticas contables de cada compañía, dentro del margen que da la ley, y por ello puede dar lugar a que un bien aparezca totalmente depreciado en la contabilidad, y sin embargo conserve su valor de uso, porque todavía sirve para su propósito, y su valor comercial. No sobra señalar que como lo indicó el perito financiero¹⁹¹, dentro de las alternativas que otorgan las normas de contabilidad, las partes tomaron el costo histórico que depreciaron, el cual presenta las dificultades a las que se ha hecho referencia.

¹⁹¹ Señala el perito financiero (página 12 del dictamen pericial) que el “*sistema NIIF establecen dos opciones para el registro de los valores de propiedad, planta y equipo: Mantener el costo histórico y depreciarlo con una vida útil real (bajo el 2649 de 1993 era común utilizar vidas útiles más cortas, de acuerdo con criterios tributarios) o hacer una medición del valor razonable (mediante avalúo) para tomar este valor como referencia y depreciarlo a lo largo de una vida útil remanente (que se debe revisar anualmente). En el caso de los operadores, ambos optaron por la opción del costo histórico,...*”

Por tal razón no son procedentes las críticas formuladas

Consideración de la capacidad comprometida y las equivalencias para 1999 y 2004

Señala el perito de Telefónica en su dictamen¹⁹² que en las valoraciones realizadas por el Perito Financiero se ha considerado prácticamente la totalidad de la planta asociada a la operación móvil para determinados hitos y metodologías incluidas en el peritaje. Si bien en algunos casos se incluyen factores correctores o ajustes por otros criterios operativos, éstos no se corresponden con el peso relativo de la capacidad comprometida para 1999 y 2004 y a las equivalencias tecnológicas más adecuadas para las redes actuales.

Señala que se consideran inapropiadas las alternativas metodológicas que los Peritos emplearon, en lo que se refiere a la delimitación de elementos de red y activos a valorar de acuerdo con la capacidad comprometida para 1999 y 2004, en particular todos los casos señalados con anterioridad en los que:

- El Perito Técnico ha interpretado incorrectamente el perímetro de los activos por ignorar en sus estimaciones el concepto de capacidad comprometida para 1999 y 2004 y las equivalencias tecnológicas más adecuadas.
- El Perito Financiero no ha ajustado el perímetro de los activos con el concepto de capacidad comprometida para el cálculo del valor de los activos afectos.

El Perito Financiero, además, no toma en consideración las pestañas '% Ponderados RED 1998' y '% Ponderados RED 2004' y no aplicó un factor corrector sobre los valores contables de 2013 para reflejar la realidad de la capacidad de la red en 1999 y 2004 de manera similar a lo realizado para Comcel con base en el número de usuarios.

Sobre el particular el Tribunal considera que si se examinan las aclaraciones al dictamen pericial, se advierte que el perito financiero señala que se aplicaron factores de corrección sobre los valores contables de 2013. Agrega que en Comcel se aplicó un factor de ajuste global debido a que no entregó información adicional sobre los activos, mientras que en ColTel se aplicaron para cada subsistema, pues se tenía información para hacer esta clasificación. Finalmente señala que la información entregada los procesos de ajuste aplicados a los dos operadores son los mismos. Por lo anterior no está acreditado que el perito haya incurrido en un error

Delimitación de los elementos de red desde la perspectiva de su funcionalidad

Expresa el perito de Telefónica¹⁹³ que los elementos de red que son motivo de valoración definidos por el perito técnico abarcan todas las capas de la red, donde se incluyen la totalidad de los elementos involucrados en la prestación del servicio

¹⁹² Páginas 66 y siguientes del dictamen

¹⁹³ Página 74 y siguientes del dictamen financiero.

concesionado.

Con base en lo anterior, el Perito Financiero ha considerado en su valoración prácticamente la totalidad del valor contable de los elementos de red involucrados en la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. Sin embargo, sólo deberían considerarse en la valoración aquellos elementos de red involucrados en la prestación del servicio concesionado y que son directamente afectados por la concesión.

Señala que la definición del Sistema de Telefonía Móvil Celular incluida en el pliego de condiciones “conjunto formado por uno o más Centros de Conmutación (CCM), las Estaciones Base (EB) y los enlaces de interconexión asociados, dentro de una zona de servicios determinada, tal como una ciudad o un eje formado por 2 o más ciudades”, parecería hacer referencia de manera explícita únicamente a los elementos activos de la red.

Agrega que sólo deberían ser afectos los activos de los subsistemas señalados en los acuerdos de concesión al definir Sistema de Telefonía Móvil celular.

Por lo anterior considera que los activos asociados a la obra civil (y, en general, toda la infraestructura pasiva) no están relacionados de forma directa con la gestión y conexión de las comunicaciones, motivo por el que cree no fueron definidos como tal por el Perito Técnico y no se deberían tener en cuenta para el cálculo de una eventual compensación.

Sobre el particular considera el Tribunal que como ya se señaló en otro aparte de este Laudo los activos que se toman en cuenta para la reversión son aquellos afectados a la prestación del servicio, lo que implica que están destinados a prestar el servicio. Desde esta perspectiva, como lo señaló el perito técnico en sus aclaraciones hay una serie de elementos de infraestructura pasiva que son indispensables para prestar el servicio y por ello deben incluirse en el cálculo de la compensación¹⁹⁴.

Por lo anterior no es de recibo la crítica formulada.

Disponibilidad espectral asociada a la concesión (15 MHz en la banda de 1900 y 25 MHz en la banda de 850)

Señala el perito¹⁹⁵ de Telefónica que el Gobierno asignó a los concesionarios bandas pertenecientes al espectro de 850 MHz al momento de la firma de los contratos de concesión, y posteriormente les asignó bandas pertenecientes al espectro de 1900 MHz. Agrega que las bandas de 1900 MHz fueron asignadas a Telefónica en dos periodos separados. La primera asignación de 15 MHz se realizó en marzo del 2005 e incluyó la modificación de los contratos de concesión iniciales. La siguiente asignación de 15 MHz fue concedida a Telefónica como resultado de un proceso de subasta en el año 2011 y, como tal, no estaba enmarcada en el

¹⁹⁴ Ver página 15 y siguientes de las aclaraciones al dictamen técnico.

¹⁹⁵ Página 90 y siguientes de su dictamen.

contrato de concesión por lo que los contratos no fueron modificados.

Agrega que el Perito Financiero sin embargo valora activos asociados a esta segunda concesión de espectro que tuvo lugar en 2011 y que, por consiguiente, deberían quedar fuera del alcance del proceso de reversión.

Al respecto considera el Tribunal que, como ya se dijo, la determinación de los bienes y elementos que revierten está vinculada a que los mismos estén directamente afectados al servicio de telefonía móvil celular, y no los que estén directamente afectados al uso de unas frecuencias, por lo que si el servicio de telefonía móvil se prestaba en virtud de los contratos, es claro que todos los bienes que determinó el perito deben revertir.

Consideración de la base contable de referencia (septiembre 2016 excluyendo altas desde 2013)

Se refiere el perito¹⁹⁶ de Telefónica a las valoraciones realizadas por el Perito Financiero tomando como base los estados financieros de Telefónica de 2013 para determinados hitos y metodologías incluidas en el peritazgo.

A tal efecto señala que en esta base había una serie de registros que incluían elementos que a la fecha estaban en desuso y en su mayoría totalmente amortizados sin haber sido dados de baja en los Estados Financieros (EE.FF.). Específicamente, estos activos se correspondían con las tecnologías CDMA y TDMA y otros elementos con menor peso en el valor total.

Agrega que a efectos operativos (y contables) existen ya dentro del Registro de Activo Fijo activos con tecnología equivalente, es decir, el activo original, en desuso, y el nuevo, por el que ha sido sustituido, y está en uso. Por lo anterior, considera que si se incluyen estos activos dentro de la base contable relevante se estaría realizando una doble contabilización de elementos para un mismo fin (el que está en desuso y el activo) en los ejercicios de valorización de activos.

Agrega que el Perito, para el enfoque de valoración “Valoración Contable” toma como punto de partida valores que se corresponden a un análisis de saldos *“con relación a los valores registrados en la información detallada de inventarios”*, con la intención de validar la consistencia de ésta con respecto a los saldos contables registrados en los balances. Advierte el perito de Telefónica que se desconoce de donde obtuvo el Perito lo que denomina *“información detallada de inventarios”* ya que no se tiene constancia de la existencia de una información con tal grado de detalle.

Señala que el Perito Financiero está usando la base contable del 2013 para la realización de la evaluación de los elementos correspondientes a elementos en desuso. Si bien, para el caso de los elementos TDMA y CDMA el Perito Financiero comenta que han sido eliminados de la base, no se ha hecho lo mismo con el resto de activos que el Perito considera que tienen un peso no significativo en el contexto

¹⁹⁶ Página 97 del Dictamen.

del valor total. Este inconveniente se evitaría usando como base contable de referencia la base de septiembre de 2016, excluyendo altas desde 2013. Agrega que la base de 2016 es la única en la cual se logra identificar el sitio técnico donde está cada activo, esto es esencial para la metodología que se está proponiendo, ya que, de otro modo, los sitios técnicos de red no se pueden asociar a activos en base contable.

Sobre el particular considera el Tribunal:

Como se aprecia en las aclaraciones del perito financiero, el mismo partió de “la información contable documental suministrada por ColTel”, frente a la cual “el Perito no contaba con elementos de validación, que le permitieran establecer que activos eran operativos y cuáles no”. Ahora bien, como consecuencia de las solicitudes de aclaraciones formuladas el perito realizó “un alcance a la valoración inicialmente presentada, diferenciando los activos relacionados con las tecnologías CDMA y TDMA”¹⁹⁷. En esta medida no encuentra el Tribunal que sea procedente la crítica formulada por el perito de Telefónica.

5.3 EL PERITAJE PRESENTADO POR LA DEMANDANTE

La Demandante presentó inicialmente con su Demanda un peritaje de la Universidad Nacional, el cual tenía por objeto la identificación de los activos que componen la red de comunicación móvil celular en el marco de los contratos de concesión.

Posteriormente, dentro del término de traslado de las aclaraciones y complementaciones a los dictámenes realizados por los peritos financiero y técnico designados por el Tribunal, se presentó otro dictamen pericial de contradicción. Como se apreció en la audiencia que se realizó sobre dicho dictamen, la valoración contenida en el mismo se basa en el modelo DANTZIG que se utiliza para regulación, al cual le fueron introducidas algunas modificaciones. Dicho modelo con las modificaciones correspondientes no fue acompañado al dictamen, como correspondía de conformidad con el numeral 10 del artículo 226 del Código General del Proceso, que exige que con el dictamen se deben “adjuntar los documentos e información utilizados” para su elaboración, por lo cual en este aspecto se afecta su valor probatorio.

En todo caso, el Tribunal considera procedente examinar el dictamen presentado.

Los peritos de la Universidad Nacional expresaron que “Tomando como punto de partida el servicio de voz, el avance tecnológico permitió la provisión de nuevos servicios. Con el fin de permitir un despliegue eficiente, el proceso de estandarización se rige por el principio de “integración hacia atrás”, esto es, propender por la reutilización de infraestructura ya presente en la medida de lo posible. Por esta razón, los servicios que se fueron agregando, requirieron de incrementos en la tecnología de la red, pero siempre basados en la red original.”¹⁹⁸

¹⁹⁷ Aclaraciones al peritaje financiero páginas 218 y 219

¹⁹⁸ Dictamen de la Universidad Nacional página 17.

En este contexto señalan que a la red se le pueden ir agregando elementos para prestar otros servicios. Con base en ello “se empleó el modelo de DANTZIG presentado con anterioridad para el despliegue y valoración de la red eficiente requerida en dos escenarios:

“• Red 2G/3G con servicio de voz solamente, empleando valores de tráfico de voz a la fecha de terminación de los contratos de concesión.

“• Red 2G/3G con servicio de voz y datos, empleando valores de tráfico de voz y datos a la fecha de terminación de los contratos de concesión.”

Partiendo de lo anterior señalan que “el grueso de la inversión en una red de TMC corresponde a la red para prestar el servicio de voz (independientemente de la prestación o no del servicio de datos), mientras que la provisión del servicio de datos da cuenta de entre el 5% y el 7% de la inversión en una red donde se prestan los dos servicios.”¹⁹⁹

En relación con el análisis anterior encuentra el Tribunal que el mismo no se encuentra soportado, porque, como ya se dijo, al peritaje no se acompañó el modelo en que se funda, lo cual impide examinar si dicha conclusión es fundada.

En todo caso, la regla que debe aplicar el Tribunal para determinar la compensación, es la afectación directa de los bienes y elementos al servicio de telefonía móvil celular, que es distinto del costo que tendría hacer una red de servicio de voz.

Por otro lado, los peritos de la Universidad Nacional señalan que *“dada la imposibilidad de dividir técnicamente la red en voz y datos, financieramente carecería de sentido asignar un valor a unos elementos de la red de forma proporcional cuando no es posible hacer una división física de estos.”*²⁰⁰, por lo que consideran un error “suponer que la distribución de la red se puede hacer de acuerdo al tráfico de cada uno de los servicios”.

Desde esta perspectiva debe observarse que lo que disponen los contratos de concesión es que debe transferirse a la Nación la propiedad de los bienes y elementos que se encuentren directamente afectados a la concesión del servicio de telefonía móvil celular. Los contratos no establecen que deba transferirse a la Nación una red que permita prestar exclusivamente el servicio de voz. A lo anterior se agrega que en la medida en que la red se destina a prestar el servicio de voz y al mismo tiempo otros servicios de valor agregado, es claro que la red está afecta a unos y otros, y tal circunstancia no puede ser ignorada desde el punto de vista jurídico.

6 LA VALORACIÓN DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO PARA LA NACIÓN

Establecido que la Nación tiene derecho a la reversión de una serie de activos y

¹⁹⁹ Dictamen de Contradicción de la Universidad Nacional, página 19.

²⁰⁰ Dictamen de Contradicción elaborado por la Universidad Nacional, Página 28.

elementos, y que no hay lugar a la reversión física, para proceder a determinar el equivalente económico que le corresponde son procedentes las siguientes consideraciones:

Al contestar una solicitud de complementación formulada por Comcel en la que se señala que, como quiera que la segregación física de la red no es generalmente viable, se solicita se interpreten los resultados de las valoraciones realizadas que consideren la participación de los servicios de voz y otros (datos), el perito técnico expresó que si bien inicialmente sólo se prestaban servicios de voz, posteriormente se prestan otros servicios, por lo que el crecimiento de la red ha sido no sólo por los servicios de voz sino también por razón de los otros servicios, por lo que se puede considerar que el incremento de la red corresponde en la misma proporción a cada servicio.

En tal sentido señaló el perito²⁰¹:

“i. Al inicio de las concesiones de TMC, solamente se prestaban servicios de voz a través de la red de TMC. Es decir, que mientras duró esta situación la reversión de los activos correspondería en su totalidad a la red instalada para prestar el servicio de TMC.

“ii. Cuando a través de la misma red de TMC se prestan otros servicios mediante títulos habilitantes diferentes al servicio de TMC, como es el caso de los servicios de Valor Agregado y Telemáticos, incluidos los de datos y acceso a internet, se considera que el crecimiento de la red ha correspondido no solo a necesidades generadas por el incremento de la demanda en servicios de voz, sino, también por el incremento de la demanda en los otros servicios autorizados. Se puede considerar también que el incremento de los activos de la red, cuando se prestan conjuntamente los diferentes servicios, debería corresponder en la misma proporción en que cada uno de dichos servicios participe en el uso de la red, en un período determinado.

“iii. En el caso particular de TMC, podría estimarse una proporción de uso de la red para cada servicio, en cada subsistema de la red.

“iv. En tal sentido, dicha proporción podría aplicarse al incremento observado en los activos para cada subsistema, en el periodo analizado, y adicionarse a los activos correspondientes al momento en que dichos servicios se empezaron a prestar conjuntamente.

“v. Para la aplicación de la metodología planteada utilizando los hitos de los inventarios solicitados por el MINTIC, se debe tener en cuenta que como se expresó en el dictamen pericial técnico (página 15 y siguientes), en la evolución de la tecnología utilizada para prestar los servicios de TMC, entre 2003 y 2005 se introdujo la tecnología 2G, en la cual se podían transmitir datos de baja velocidad. Por ello se puede considerar razonablemente, que

²⁰¹ Página 38 de las aclaraciones.

para el hito de marzo de 2004 (1Q2004), solamente se prestaba el servicio de voz en la red de TMC y a partir de este momento se cursaban en la red de TMC conjuntamente, servicios de voz y datos.”

Estos mismos criterios fueron señalados por el perito financiero en sus aclaraciones²⁰². Adicionalmente, tanto el perito técnico como el financiero señalaron sobre la metodología, que se trató de acudir al modelo de costos de redes móviles de la CRC, pero ello no fue posible, por lo que se decidió acudir a otra metodología. En tal sentido expresó el perito técnico:

“En particular se encontró que la CRC utiliza la herramienta de modelos de ‘Costos de redes móviles’ para la definición de valores correspondientes a cargos de acceso entre operadores móviles, cargos por roaming entre redes, etc., y en cuyo procesamiento se determinan para cada subsistema de las redes móviles, la proporción en que participan los conceptos de voz y datos en los costos totales de las redes correspondientes y conceptos de empresa eficiente.”

“Como dicha proporción sería aplicable al modelo de aproximación antes planteado y se tuvo conocimiento que el mismo fue aplicado por la CRC en varias oportunidades entre 2009 y 2016, se procedió a solicitar al apoderado de MinTic mediante comunicación AS-014-2017, de mayo 7 de 2017, enviada por correo electrónico, la colaboración de MinTic para que el perito Técnico tuviera acceso a dicha información, con el fin de atender la solicitud de complementación recibida. Con la coordinación del MinTic, se realizó reunión en la CRC en mayo 8 de 2017, para explicar el alcance de lo solicitado por el Perito Técnico. No obstante, dicha entidad manifestó limitaciones por razones de confidencialidad para atender la solicitud y el MinTic respondió al perito con comunicado No. 1044478, de mayo 16 de 2017, suscrito por el Secretario General, indicando que: “...la información a la que se hace referencia ha sido clasificada como Información Pública Clasificada en los términos del literal c), del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014...”.

“Señala además el MinTic en su respuesta que “... Por último debe resaltarse que de todo lo anterior, se entiende claramente como es cada uno de los operadores los encargados de proveer la información necesaria para desarrollar el modelo, razón por la cual no entendemos las razones que ellos mismos no puedan proveerla al perito, teniendo en cuenta la importancia que la misma pueda tener dentro del proceso...”.[3]

“Respecto del párrafo precedente se debe aclarar que el modelo de la CRC, no solamente utiliza la información suministrada por los operadores y señalada en el oficio de respuesta de MinTic, sino que además utiliza parámetros definidos por la CRC asociados al concepto de empresa eficiente, los cuales se incluyen dentro de las restricciones de confidencialidad argumentadas por esa entidad, por lo cual, aun teniendo la

²⁰² Página 16 de las Aclaraciones del Perito Financiero.

información de los operadores no se podría correr el modelo con resultados confiables.

“Por otro lado, lo que el perito requería era conocer de parte de la CRC, la proporción de voz y datos como resultado de los procesos ya ejecutados en el periodo indicado en la solicitud (entre 2009 y 2016) y no correr el modelo, pues es sabido que dicho proceso lo realiza la CRC a través de un consultor internacional.”

Por ello señalan los peritos que se analizó otra alternativa que consistió en considerar:

“que el comportamiento de los usuarios respecto del uso de cada uno de los servicios (tráfico) la refleja en forma razonable, la proporción de los costos requeridos en el crecimiento de las redes (activos) y aplicarlos como proporción para la metodología antes planteada y obtener así un resultado razonable de las valoraciones realizadas, teniendo en cuenta la situación real que se presenta cuando se prestan conjuntamente los servicios de voz y datos en el asunto específico del proceso de reversión actual.”²⁰³

Señala el perito técnico que *“para ello se tomó como referencia el análisis y resultado del factor de equivalencia definido en la respuesta a la solicitud de aclaración y complementación presentada por el MINTIC, respecto de la respuesta dada en el dictamen pericial técnico a la pregunta 10 de TELEFÓNICA, del presente documento. En dicho apartado se obtiene que la proporción del tráfico de voz para la fecha del fin de la vigencia de los contratos de concesión (noviembre de 2013), equivale al 33,02% del total del tráfico cursado en dicho corte”²⁰⁴.*

Ahora bien, con base en lo anterior el perito financiero realizó diversos escenarios a diferentes fechas, los cuales describió de la siguiente forma:

“Valoración Escenarios

“Se presenta la valoración de los distintos Hitos a partir de diferentes supuestos. En el Escenario 1 se ha valorado la totalidad de la Red discriminando su valor por Subsistema.

“En el Escenario 2 se presentan los valores de los distintos Hitos pero se discrimina los elementos de Datos asociados al Sistema Core (equipos GGSN y SGSN).

“En el Escenario 3 se valora únicamente asumiendo un porcentaje de voz a partir de un cálculo del promedio ponderado por las inversiones de cada uno de los años.

“En el Escenario 4 se valora únicamente el servicio de voz utilizando el porcentaje resultante del año 2013.

“En el Escenario 5 se incluyen los sitios marcados como Plan de Vías en la columna llamada Obligaciones de Hacer, en el archivo de Excel del inventario técnico remitido por el Perito Técnico, para el hito de 201.,(sic)”²⁰⁵

²⁰³ Página 39 de las aclaraciones del perito técnico, página 17 y 18 de las aclaraciones del perito financiero.

²⁰⁴ Página 40 de las aclaraciones del perito técnico.

²⁰⁵ Página 23 de las aclaraciones al dictamen pericial

Al examinar esos escenarios considera el Tribunal que de acuerdo con lo expuesto en el presente laudo los adecuados para determinar el equivalente económico que le corresponde a la Nación son aquellos en los que se valora teniendo en cuenta únicamente el servicio de voz, que es el concesionado, esto es, los correspondientes a los escenarios 3 y 4, teniendo en cuenta en todo caso la fecha de corte del 2013. En efecto, no son admisibles los escenarios que valoran toda la red.

Por otra parte, la diferencia entre los escenarios 3 y 4, según señala el perito, es que en el 3º el porcentaje de voz a aplicar se determina a partir de un cálculo del promedio ponderado por las inversiones; por el contrario, en el 4 el porcentaje de voz a aplicar se determina en función del año 2013. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que el escenario 3 es el que corresponde a las reglas contractuales, pues parte de la participación de la voz en la medida en que se realizan las inversiones, lo que implica que se toma en cuenta la afectación al servicio de voz y por ello a la prestación del servicio de telefonía móvil celular en el momento en que se realiza la inversión. Momento en el cual el inversionista tomó su decisión y debió contemplar como amortizarla.

Los resultados en dichos escenarios son los siguientes según expone el perito financiero:

Para Colombia Telecomunicaciones

“Escenario 3 ColTel

En este escenario se valora únicamente el servicio de voz de acuerdo a las consideraciones técnicas como porcentaje:

% Voz según modelo voz-datos y CAPEX 78,87%

% Datos según modelo voz-datos y CAPEX 21,13%

“ ...

Hito 2013 ColTel²⁰⁶

Tabla 18 Hito No.1. Escenarios de Valor Económico ColTel a finalización del Contrato (28 de noviembre de 2013)

Descripción	Valor Neto 1	Valor Neto 2	Valor Reposición a Nuevo	Valor Actual
ACTIVOS ASOCIADOS A UNA CLASE				
SERVICIO VOZ				
[1] Acceso	690.155	690.155	1.536.349	1.073.558
[2] Transmisión	244.943	244.943	440.284	329.744
[3] Core	187.644	187.644	300.669	180.621
[4] OSS	10.036	7.915	12.198	9.318
[5]=[1]+...+[4] Red de Inventario Perito	1.132.778	1.130.658	2.289.500	1.593.241

²⁰⁶ Página 32 y 33

	Técnico por Clase 3				
[6]	Activos de Terceros necesarios para la prestación del servicio 4	142.058	142.058	142.058	142.058
[7]	Activos Obsoletos 5	-14.477	-14.477	-92.188	-53.737
[8]=[5]+[6]-[7]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3 +Terceros	1.260.359	1.258.239	2.339.370	1.681.562

Cifras en COP Millones

1 Sumatoria Neto Local Contabilidad Corte Nov/2013

2 No incluye el activo adquirido entre el 29/Nov y 30 Nov/2013

3 Valoración realizada a partir de las Clases Contables definidas con el perito técnico.

4 Valor Recibido por el operador por concepto de venta de Torres, con factor de ajuste

5 Elementos obsoletos indicados por ColTel.

Es importante señalar que en este escenario el porcentaje de voz no corresponde al indicado por el perito técnico, pero ello resulta de una diferencia de escenario. En efecto, según indica el perito técnico, su cálculo corresponde al mes de noviembre de 2013, en tanto que el cálculo del perito financiero, en este escenario 3, parte de un promedio ponderado de las inversiones realizadas a partir de 2004. En todo caso debe señalarse que la discusión que han planteado las partes acerca de la diferencia en el porcentaje del tráfico de voz y datos entre el perito financiero y el perito técnico se refiere al escenario 4.

Ahora bien en relación con el escenario señalado se advierte que el perito presenta cuatro valores posibles: Valor Neto 1, Valor Neto 2, Valor Reposición a Nuevo y Valor Actual.

Lo primero que se observa es que el Valor Neto 1 corresponde a la contabilidad a corte noviembre 2013, en tanto que el Valor Neto 2 es el mismo valor, deducidos los activos adquiridos entre el 29 y 30 de noviembre de 2013. Desde este punto de vista como la reversión se produce el 28 de noviembre de 2013, es claro que no se puede tomar en cuenta la totalidad de activos, por lo que el valor a considerar es el Valor Neto 2.

Por otra parte, el perito incluye el valor a reposición a nuevo. Desde esta perspectiva se aprecia que el valor a reposición a nuevo no es congruente con la forma como habría de realizarse la reversión si fuera posible hacerla en forma física. En efecto, la reversión procedía sobre los bienes afectados a la concesión y por ello si operara físicamente, versaría no sobre bienes nuevos, sino usados pero en adecuado estado de funcionamiento.

Por consiguiente, el otro valor que debe considerarse es el valor actual. Al precisar

el significado de esta expresión el perito en sus aclaraciones²⁰⁷ al referirse alude al valor de reposición y al definir este señala “*Valor reposición: Por valor de reposición se entiende el valor de un elemento en su estado actual, es decir, teniendo en cuenta su edad, estado, obsolescencia, entre otros factores*”. Señala el perito que “*Para determinar el Valor de Reposición o Valor Actual, a partir del Valor de Reposición a Nuevo, se resta un demérito técnico que involucra los aspectos que inciden en la pérdida de valor de los bienes*”. Como se puede apreciar este valor no presenta los reparos que se predicen del valor de reposición a nuevo.

Así las cosas, debe el Tribunal decidir cuál es el valor más adecuado para determinar la compensación al Ministerio: el Valor Neto 2 o el Valor Actual. Desde esta perspectiva se aprecia que el Valor Neto 2 es un valor contable cuyo monto depende de las políticas que en materia contable decida seguir el ente económico. Así dicho valor es ajustado por las depreciaciones que realiza el ente contable. Lo anterior determina que en la realidad un activo puede estar totalmente depreciado en la contabilidad y sin embargo, puede todavía cumplir plenamente sus funciones, por lo que tiene un valor de uso y comercial. En esta medida considera el Tribunal que debe tomarse en consideración el Valor Actual, lo cual arroja que el valor de la compensación económica por concepto de la reversión tomando en cuenta la proporción sobre la totalidad de los activos es un total de \$1.681.562, millones de pesos.

Es pertinente señalar que en el escenario descrito, el perito valoró la totalidad de la red, lo que implica que en ella se incluyeron también los activos que se instalaron para cumplir la obligación de hacer. Ahora bien, como ya se dijo una recta interpretación de la demanda implica que como quiera que se solicitó la restitución de los bienes, no puede entenderse que tales bienes estén incluidos en la solicitud de que se declare la reversión.

Ahora bien, el perito financiero valoró los sitios correspondientes a los activos instalados en cumplimiento de las obligaciones de hacer y lo denominó escenario 5, el cual es el siguiente:

“Escenario 5 ColTel²⁰⁸

Valoración de los sitios marcados como Plan de Vías en la columna llamada Obligaciones de Hacer, en el archivo de Excel del inventario técnico remitido por el Perito Técnico, para el hito de 2013.

Hito 2013

Tabla 28 Hito No. 1. Escenarios de Valor Económico ColTel a finalización del Contrato (28 de noviembre de 2013)

Descripción		Valor Neto 1	Valor Neto 2	Valor Reposición a Nuevo	Valor Actual
ACTIVOS ASOCIADOS A UNA CLASE					
[1]	Acceso	12.888	12.888	65.745	50.289
[2]	Transmisión	2.297	2.297	3.878	2.920

²⁰⁷ Página 7 de las aclaraciones.

²⁰⁸ Página 40 de las aclaraciones al dictamen financiero

[3]	Core	12	12	16	8
[4]	OSS	0	0	0	0
[5]=[1]+..+[4]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3	15.197	15.197	69.640	53.217
[6]	Activos Obsoletos 4	-6.637	-6.637	-42.263	-24.636
[7]=[5]-[6]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3 - Obsoletos	8.560	8.560	27.376	28.581
Cifras en COP Millones					

1 Sumatoria Neto Local Contabilidad Corte Nov/2013

2 No incluye el activo adquirido entre el 29/Nov y 30 Nov/2013

3 Valoración realizada a partir de las Clases Contables definidas con el Perito Técnico.

4 Elementos obsoletos indicados por ColTel.

De esta manera el valor de la infraestructura que el Demandante solicita se le restituya por la obligación de hacer es de \$28.581 millones.

Dicho valor debe deducirse de la suma que el perito calculó para la totalidad de la red.

Por lo anterior, el total a pagar por Telefónica por concepto de la compensación económica por la reversión de los activos directamente afectados a la concesión de telefonía móvil celular es de \$1.652.981 millones.

En el caso de Comcel el resultado es el siguiente²⁰⁹:

“Escenario 3 Comcel

En este escenario se valora únicamente el servicio de voz de acuerdo a las consideraciones técnicas como porcentaje:

% Voz según modelo voz-datos y CAPEX 71,41%

% Datos según modelo voz-datos y CAPEX 28,59%

Hito 2013 Comcel

Tabla 40. Escenarios de Valor Económico Comcel a finalización del Contrato (28 de noviembre de 2013)

Descripción	Valor Neto 1	Valor Neto 2	Valor Reposición a Nuevo	Valor Actual	
ACTIVOS ASOCIADOS A UN GRUPO FUNCIONAL					
SERVICIO VOZ					
[1]	Acceso	1.364.678	1.364.678	2.579.454	1.929.271
[2]	Transmisión	248.076	248.076	742.875	549.681

²⁰⁹ Página 49 del dictamen financiero

[3]	Core	468.119	468.119	1.285.765	796.640
[4]	OSS	55	55	129	81
[5]=[1]+..+[4]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3	2.080.927	2.080.927	4.608.224	3.275.673
[6]=[5]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3	2.080.927	2.080.927	4.608.224	3.275.673

Cifras en COP Millones

1 Sumatoria Neto Local Contabilidad Corte Nov/2013

2 No incluye el activo adquirido entre el 29/Nov y 30 Nov/2013

3 Valoración realizada a partir de los Grupos Funcionales remitidos por el Concesionario

De esta manera, siguiendo el criterio ya expuesto el valor de la compensación económica por razón de la reversión de los activos afectados a telefonía móvil celular es de \$3.275.673 millones de pesos.

Ahora bien, al igual que en el caso anterior, debe deducirse el valor de los activos instalados para cumplir la obligación de hacer y cuya restitución solicita la Demandante. Los peritos valoraron dichos activos como escenario 5 de la siguiente manera:

“Escenario 5 Comcel

Valoración de los sitios marcados como Plan de Vías en la columna llamada Obligaciones de Hacer, en el archivo de Excel del inventario técnico remitido por el Perito Técnico, para el hito de 2013.

Hito 2013 Comcel

Tabla 50. Hito No. 1. Escenarios de Valor Económico Comcel a finalización del Contrato (28 de noviembre de 2013)

Descripción	Valor Neto 1	Valor Neto 2	Valor Reposición a Nuevo	Valor Actual	
ACTIVOS ASOCIADOS A UN GRUPO FUNCIONAL					
[1]	Acceso	28.607	28.607	137.206	100.529
[2]	Transmisión	5.582	5.582	25.872	18.883
[3]	Core	635	635	1.147	829
[4]	OSS	0	0	0	0
[5]=[1]+..+[4]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3	34.825	34.825	164.224	120.241
[9]=[5]	Red de Inventario Perito Técnico por Clase 3	34.825	34.825	164.224	120.241

Cifras en COP Millones

1 Sumatoria Neto Local Contabilidad Corte Nov/2013

2 No incluye el activo adquirido entre el 29/Nov y 30 Nov/2013

3 Valoración realizada a partir de los Grupos Funcionales remitidos por el Concesionario.

Por consiguiente, si al valor de la compensación por la totalidad de los activos afectados que deberían revertir se le resta lo correspondiente a los activos instalados en desarrollo de la obligación de hacer cuya restitución se solicita, el valor a cargo de Comcel es de \$3.155.432 millones.

7 LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

En la pretensión 2, 2.1 de la Demanda se solicitó:

“2.1 Que se liquiden judicialmente los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994 celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A.”

7.1 POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

Señala la Demandante que a pesar de las diversas mesas de trabajo con los equipos directivos, jurídicos y técnicos de las Partes, no fue posible suscribir la liquidación de mutuo acuerdo de los contratos 000001, 000002, 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994. A su vez, el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES no ejercitó su facultad de liquidación unilateral, razón por la cual se solicita al Tribunal adelantar la liquidación judicial de los mencionados contratos.

Por otra parte respecto de la excepción formulada por TELEFÓNICA denominada “EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DEBEN INCLUIRSE LOS VALORES QUE LE ADEUDA LA NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES A TELEFÓNICA”, señala que más allá de si este tema está o no dentro de la competencia del Tribunal de Arbitramento (el proceso mismo de asignación de ancho de banda a través de una subasta pública es ajeno al contrato, lo que no obsta para que la banda se haya usado para la prestación del servicio de TMC, como en efecto ocurrió), lo cierto es que COLTEL no probó el supuesto de hecho de esta pretensión (encuadrada por la convocada como excepción), ni tampoco cumplió con la exigencia legal del juramento estimatorio, como oportunamente se puso de presente al Tribunal.

Agrega que el valor de la contraprestación asociada a los ingresos por el tráfico asignado al espectro del año 2011 que calcula VALORA (págs. 237 a 238 del documento de aclaraciones y complementaciones) usa una información técnica que no fue ni suministrada ni verificada por el Perito Técnico sino por el propio operador COLTEL y que tampoco fue de ninguna manera verificada por el perito financiero. En efecto, dicha información técnica se relaciona con el supuesto tráfico de voz en

millones de Erlangs que el operador asigna a la banda de frecuencia de 1900 MHz y sobre la cual estima que aproximadamente un 23% se cursó sobre la banda de frecuencias asignada en el año 2011 para el periodo comprendido entre el tercer trimestre de 2011 y el tercer trimestre de 2014. Posteriormente y sin contar con verificación técnica alguna, el Perito Financiero presenta los valores de pago de contraprestación periódica de dicho operador al FONTIC para los trimestres del periodo mencionado, que suman aproximadamente \$238.650 millones de pesos corrientes y asume que el 23% de dichos pagos (\$54.757 millones de pesos corrientes) equivale al valor de la contraprestación que se generaría a partir de los ingresos derivados del tráfico cursado por la mencionada banda de frecuencia asignada en 2011.

Respecto a los resultados mencionados expresa la Demandante que dicha estimación simple del valor del pago de compensación relacionada con dicha banda de frecuencia no considera la complejidad en el desarrollo de las actividades contables para el cálculo tanto de la base de contraprestación (ingresos brutos mensuales de la empresa) como del mismo cálculo de la contraprestación, teniendo en cuenta devoluciones y descuentos.

Esta complejidad se aprecia en lo establecido en el contrato de concesión respecto del cálculo en la base de contraprestación que consideró como ingresos brutos los obtenidos exclusivamente de la operación y prestación del servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta para su determinación los conceptos de ingresos por conexión o suscripción, ingresos por cargos básicos periódicos, ingresos por consumo (cargos por el uso del servicio) e ingresos por servicios suplementarios, las sumas recibidas de otros operadores celulares por concepto de roaming y de llamadas originadas en las redes operadas por ellos, las sumas transferidas por otros operadores de telecomunicaciones por concepto de llamadas originadas en dichas redes. Igualmente se determinó que se excluirían las devoluciones y descuentos por cargos básicos periódicos, por cargos por el uso del servicio y servicios suplementarios, pagos efectuados a otros operadores celulares por concepto de roaming y por llamadas originadas en la red, pagos efectuados a los operadores de la red fija por acceso y los pagos efectuados a los operadores de larga distancia nacional e internacional.

Agrega que dado el escenario de información asimétrica, con el fin de corroborar la información técnica provista por el operador, así como el impacto que pudiera tener en el cálculo de las contraprestaciones que dicho operador paga al Estado, habría sido necesario el desarrollo de auditorías especializadas de carácter técnico y financiero / contable al operador, las cuales no se adelantaron, conllevando al Perito Financiero a presentar cálculos de valores que no utilizan metodologías de cálculo con la rigurosidad necesaria dado el alcance y la importancia del objeto de discusión en este Tribunal.

Por otra parte expresa que una cosa es pagar el “*permiso para el acceso, uso y explotación*” de 15 MHz de espectro radioeléctrico a través de un proceso de subasta y otra la contraprestación periódica por la explotación con fundamento en el título habilitante para la prestación del servicio para el que fue usado, que no es otro que el servicio concesionado de TMC bajo los contratos sub lite.

Por lo dicho, en el evento en el que el Tribunal decidiese que tiene competencia para pronunciarse sobre este tema, se estima que la liquidación judicial NO debe incluir valor alguno a favor de COLTEL por este concepto. Advierte que esta pretensión, planteada como “excepción”, no se acompañó de la estimación requerida, tal y como lo exige el numeral 3 del artículo 96 del CGP, lo que de suyo impide la consideración de la reclamación por el Tribunal de Arbitramento, en los términos del artículo 97 ejusdem, tal y como se advirtió al descorrer el traslado de las excepciones.

Por otra parte se refirió al pago de “*la contraprestación causada entre el tercer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2014 a cargo de COLTEL*” y a tal efecto señaló que al responder el traslado de excepciones, puso de presente la existencia de esta controversia, aportando al efecto el informe final de SERTIC SAS, en el que constaba una obligación a cargo de COLTEL, por la suma de \$COL 3.145.147.450,00, acompañada de un memorando de 26 de mayo de 2016 con registro 927262 firmado por la Dra. Flor Ángela Castro Rodríguez que da cuenta del respectivo hallazgo. Al respecto, señala que en desarrollo del debate probatorio, con ocasión del testimonio de la mencionada funcionaria, la misma dio cuenta del informe final de SERTIC SAS del 30 de agosto de 2016, en el que se concluyó que el valor dejado de pagar para el mencionado periodo asciende en realidad a la suma de \$COL 617.351.000 pesos, en relación con la cual se encuentra en curso el respectivo procedimiento administrativo de declaratoria de deudor.

Por lo anterior señala que al efectuar la liquidación judicial, el Tribunal deberá dejar a salvo el resultado a que pueda llegar esta actuación administrativa, que corresponde al ejercicio de facultades legales conferidas al MinTIC para la revisión de las autoliquidaciones periódicas de la contraprestación a cargo de los operadores. (Art 59, Decreto 1972 de 2003).

Finalmente señala que debe procederse a la liquidación teniendo en cuenta lo siguiente:

- En el numeral 5.1.22 de la demanda se consignan los registros expedidos por el MinTIC en relación con el cumplimiento de las obligaciones de COLTEL S.A. E.S.P. derivadas de los Contratos 001, 002 y 003 de 1994.
- En el numeral 5.1.23 de la demanda se consignan los registros expedidos por el MinTIC en relación con el cumplimiento de las obligaciones de COMCEL S.A. derivadas de los Contratos 004, 005 y 006 de 1994.
- En relación con la obligación de “reversión” y su “compensación por el equivalente económico”, solicita se incluya como obligación a cargo de las CONVOCADAS el pago de esta última de la manera como se ha explicado.
- En relación con el eventual doble pago del espectro de COLTEL asignado por la resolución 2150 de 2011, se solicita denegar lo solicitado por la CONVOCADA

- En relación con el pago de las contraprestaciones causadas entre el tercer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2014 a cargo de COLTEL, por la suma de \$ COL \$617.351.000 se solicita al Tribunal dejar a salvo la competencia administrativa en relación con la actuación en curso a cargo del MinTIC.
- Adicionalmente solicita al liquidar, dejar a salvo el ejercicio de las facultades administrativas que el ordenamiento jurídico le reconoce al MinTIC en relación con los contratos 001, 002, 003, 004, 005 y 006, en particular la de carácter sancionatorio y las de revisión de las autoliquidaciones de las contraprestaciones periódicas, entre otras.

7.2 POSICIÓN DE TELEFÓNICA

Por su parte Telefónica solicitó que en la liquidación del contrato se incluyan los valores que le adeuda La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. A tal efecto señaló que el artículo 13 de la ley 1341 de 2009 dispone que la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico por parte de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones debe ser solo una.

En vigencia de dicha ley, el MINISTERIO, mediante la Resolución 2105 de 2011 otorgó a TELEFONICA el permiso para el uso y explotación de 15 MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radiocomunicaciones móviles terrestres.

En la Resolución 2105 de 2011, modificada por las Resoluciones 2538 de 2011 y 896 de 2012, se estableció el valor a pagar en cuantía de \$USD15.900.000, por bloque pareado de 2x2.5 MHz (5MHz), así como la forma de pago que sería 50% en dinero a favor del Fondo TIC y el otro 50% mediante obligaciones de hacer que TELEFONICA debía ejecutar. Ese espectro otorgado por el proceso de subasta de 2011, se ha venido utilizando para la prestación de los diferentes servicios móviles terrestres --voz y datos móviles-- y, como lo señala el mismo MINISTERIO, pero este espectro fue otorgado por fuera de los Contratos de Concesión.

Advierte que la empresa pagó dos veces el uso de los 15MHz de espectro obtenido en virtud de la resolución mencionada, al incluirlo también dentro del pago trimestral por el uso del espectro asignado de conformidad con los contratos de concesión (que le otorgaban en ese momento el uso de 40MHz de espectro).

Expresa que TELEFÓNICA, en cumplimiento de las Cláusulas Séptimas de los Contratos de Concesión, liquidó y pagó la contraprestación trimestral correspondiente a los años 2011, 2012, 2013 y el primer trimestre de 2014 incluyendo un valor de más equivalente al 5% de los ingresos brutos obtenidos por el uso y explotación del espectro asignado en el proceso de subasta con resolución 2105 de 2011.

Sin embargo, señala que dado que ese espectro de 15 MHz (1900) del año 2011 no fue otorgado bajo las condiciones de los Contratos de Concesión, como bien lo acepta la CONVOCANTE, sino bajo los lineamientos de la Ley 1341 de 2009 y de las condiciones particulares establecidas por el propio MINISTERIO dentro del proceso de subasta, éste no tenía por qué hacer parte del pago trimestral correspondiente previsto en los Contratos.

En consecuencia, la liquidación del contrato debe incluir un saldo a favor de TELEFÓNICA, por concepto del pago de lo no debido, correspondiente al valor adicional incluido en los pagos periódicos de los años 2011, 2012, 2013 y el primer trimestre de 2014 con ingresos obtenidos de la explotación del espectro de 15 MHz de espectro otorgado mediante resolución 2105 de 2011.

Señala que para la determinación del saldo a favor que TELEFONICA se le requirió al perito financiero “VALORA” que determinara una metodología para calcular los ingresos producidos por la explotación del espectro otorgado en el 2011 y que valorara los ingresos generados por el tráfico de voz, así como el valor de la contraprestación que se canceló con base en el 5% de estos ingresos, lo que procedió a hacer el perito.

Teniendo en cuenta que sobre este planteamiento, y sobre la cifra que señaló el perito, el MINISTERIO no presentó objeción alguna, este reclamo debe concederse como parte de la liquidación de los Contratos.

Agrega Telefónica que el MINISTERIO en el mismo escrito de “*trasladado de excepciones*” presentado el 13 de julio de 2016 pretende que el Tribunal considere, al momento de tomar su decisión, que existe una controversia entre las partes relacionada con un cobro por concepto de revisión de las contraprestaciones de los Contratos de Concesión causadas entre el tercer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2014, que se encuentra incluso a la fecha en discusión administrativa en sede del MINISTERIO.

Expresa que el MINISTERIO solicitó decretar el testimonio de la señora Flor Ángela Castro, para que declarara sobre el supuesto valor dejado de pagar por TELEFONICA en las contraprestaciones periódicas de dicho periodo, y, en tal ocasión, la funcionaria manifestó que existe un proceso administrativo en curso por las supuestas diferencias en el pago de la contraprestación periódica de los contratos de concesión, en el cual el MINISTERIO aceptó los argumentos presentados por TELEFONICA.

Manifiesta que sobre los documentos aportados por la testigo, en la diligencia del 15 de noviembre de 2016, debe señalarse que la Subdirección de Vigilancia y Control, estableció una diferencia en la contraprestación por los cargos de acceso de empresas fusionadas o inter-empresas (extinta Telefónica Móviles y Colombia Telecomunicaciones), la cual versa sobre el autoconsumo como base de contraprestación por el uso del espectro, cuando en realidad los ingresos por este concepto no constituyen ingresos por la prestación del servicio de TMC, que es un servicio público. Por ello no pueden incluirse los ingresos que se causan como

consecuencia de su prestación, que solo fueron incluidos en la cuenta de ingresos para efectos de transparencia regulatoria de esos cargos de acceso que se debían cobrar a las empresas fusionadas y que en estricto sentido no provienen de la prestación del servicio de TMC.

Señala entonces que quedó probado con el testimonio de la funcionaria del MINISTERIO y con el memorando de fecha 11 de noviembre de 2016 “*Certificación de cumplimiento COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP*”, que en noviembre de 2016 el valor de la controversia se fijó en la suma de \$617.351.000 de pesos. Así mismo, quedó probado que no hay un acto administrativo en firme que declare esa diferencia y que TELEFONICA presentó su objeción a ese valor como consta en la comunicación de Ana Dunia Pinzón de fecha 22 de septiembre de 2016. Por lo anterior señala que no habiendo concluido el trámite administrativo que está en curso para el momento de establecer el *quantum* de la supuesta diferencia, mal podría hacerse una condena por tal concepto.

7.3 POSICIÓN DE COMCEL

Al contestar la demanda COMCEL se opuso a todas las pretensiones de la Demanda.

7.4 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En relación con la liquidación del contrato estatal la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la misma se define²¹⁰ “...*como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para "dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial"*”.

Desde este punto de vista se observa que a folio 418 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 11 obra el Memorando de febrero de 2015, remitido por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Comunicaciones, por el cual, en respuesta a la solicitud de presentación de un informe relacionado con el cumplimiento de las obligaciones para la liquidación de los contratos de telefonía móvil celular, se procede por dicha Dirección a actualizar una información que, según se expresa, ya había sido remitida. Con base en los anterior se adjunta a dicho “*escrito la relación de los requisitos, así como el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los proveedores móviles COMUNICACIÓN CELULAR S.A. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, donde se puede evidenciar una a una las obligaciones derivadas de los contratos de concesión ya mencionados, así como la indicación del soporte con el cual se verificó el cumplimiento de cada una*”.

²¹⁰ Sentencia del 24 de abril de 2017, expediente 25000-23-36-000-2011-00143- 01 (55.836). En el mismo sentido sentencia del 29 de febrero de 2012 Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01 16371

Así mismo se indica que los hallazgos financieros fueron trasladados a la Subdirección financiera para que en el ámbito de su respectiva competencia realizara el cobro de las presuntas inexactitudes allegadas, junto con el monto de las penalizaciones a que hubiera lugar. Dichos hallazgos aparecen relacionados en el memorando citado, en 6 grupos.

De igual manera, el Memorando dice acompañar en formato Excel la relación de las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio con el estado que a la fecha de su presentación adelantaron o se encontraban en proceso en la Dirección de Vigilancia y Control.

A folio 420 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 11 aparece la “*Matriz de Cumplimiento COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.*”, en el cual se indica:

“Acorde con el Informe presentado la firma HR Abogados Consultores, en desarrollo del contrato 448 de 2013, así como a los informes por medio de los cuales se obtiene el resultado de las verificaciones que sobre el cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias, regulatorias y contractuales lleva a cabo el Consorcio Interventoría PRSTM, la Dirección de Vigilancia y Control indica que las obligaciones incorporadas a los contratos de concesión suscritos con los Proveedores de Redes y Servicios de Telefonía Móvil Celular en (sic) atención a los contratos de concesión Nos. 004, 005 y 006, celebrados con COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL SA, se cumplieron”(se subraya)

En dicho documento se indican las evidencias documentales “*que permitieron a esta Dirección certificar su cumplimiento*”.

Así mismo al final de dicho documento se indica “*Por medio de la presente dejo constancia del cumplimiento de todas las obligaciones requeridas para la liquidación y cierre de los contratos, conforme a las funciones asignadas a mi cargo*”.

De igual manera se procede en el documento denominado “*Matriz de Cumplimiento COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP*”, que obra a folios 428 y siguientes del cuaderno de pruebas No 11 y en el cual se expresa:

“Acorde con el Informe presentado la firma HR Abogados Consultores, en desarrollo del contrato 448 de 2013, así como a los informes por medio de los cuales se obtiene el resultado de las verificaciones que sobre el cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias, regulatorias y contractuales lleva a cabo el Consorcio Interventoría PRSTM, la Dirección de Vigilancia y Control indica que las obligaciones incorporadas a los contratos de concesión suscritos con los Proveedores de Redes y Servicios de Telefonía Móvil Celular en (sic) atención a los contratos de concesión Nos. 001, 002 y 003, celebrados con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, se cumplieron”

En dicho documento se indican las evidencias documentales “*que permitieron a esta Dirección certificar su cumplimiento*”.

Así mismo al final de dicho documento se indica “*Por medio de la presente dejo constancia del el cumplimiento de todas las obligaciones requeridas para la liquidación y cierre de los contratos, conforme a las funciones asignadas a mi cargo*”.

Por otra parte obra igualmente un memorando remitido al Ministro de Comunicaciones por el Director de Industria de Comunicaciones (folio 438 del Cuaderno Pruebas No 11) en el cual señala que el mismo no ejerce funciones de vigilancia y control de las obligaciones de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, e informa que no conoce ninguna circunstancia que pueda constituir incumplimiento de los contratos de concesión 001, 002, 003, 004, 005 y 006, y así mismo se señala que, como fue certificado por las resoluciones que allí se indica, se estableció el cumplimiento de las obligaciones de hacer derivadas de las resoluciones 2720 de 2004 y 508 de 2005. Así mismo reitera el cumplimiento de las obligaciones de disponer hardware y software para la Fiscalía General de la Nación y de poner a disposición de la DIJIN el listado de usuarios.

Igualmente obra una comunicación remitida por la Coordinadora del Grupo de Cartera al señor Ministro (folio 439 del Cuaderno de Pruebas No 11) del 20 de febrero de 2015 por la cual se remite copia de las certificaciones expedidas por dicha coordinación sobre el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones de los operadores mencionados. De igual manera obran las certificaciones sobre cumplimiento de las obligaciones de las autoliquidaciones por Colombia Telecomunicaciones y COMCEL para el periodo de 28 de marzo de 2004 a 28 de noviembre de 2013 (folios 440 y 441 del Cuaderno de Pruebas No 13).

Así mismo, por comunicación del 13 de febrero de 2015 (folio 443 del Cuaderno de Pruebas No 11) el jefe de la Oficina para la Gestión de Ingresos del Fondo Ministerio TIC manifestó “*que una vez verificada la información existente en el Ministerio no se evidencia a la fecha algún incumplimiento que pueda dar lugar a la no liquidación de los contratos, en los términos y requisitos establecidos en el clausulado de los Contratos*” (Se refiere a los contratos 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de 1994).

Si se revisa la documentación que obra en el expediente, encuentra el Tribunal que no se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para proceder a la liquidación de los contratos a que se refiere el presente proceso. En efecto, no aparece establecido cuál fue la totalidad de los pagos realizados, así como tampoco los procesos sancionatorios, que de acuerdo con el memorando citado de febrero de 2015 se habían adelantado o se adelantaban y cuál fue su resultado. Así mismo, no aparece acreditado en el expediente que se hayan definido los montos a cargo de las concesionarias por concepto de los hallazgos financieros a los que hace referencia el Memorando de febrero de 2015.

En efecto, en un Memorando de la Coordinadora de Cartera, doctora Flor Angela Castro, al Secretario General del Ministerio y al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

de fecha 28 de mayo de 2016 (folio 407 del Cuaderno de Pruebas No 22), la citada funcionaria señala respecto de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E,S.P. que *“con Registro 913555 del 12 de abril de 2016 la Subdirección de Vigilancia y Control de Comunicaciones dio traslado del Informe Final respecto de los hallazgos Financieros presentados por SERTIC mediante Radicado 732691 del 31 de marzo de 2016, en el que se concluyó que el valor dejado de pagar en la contraprestación periódica del periodo comprendido entre el tercer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2014 es por la suma de TRES MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$3.145.147.450), la cual está siendo objeto de cobro”*.

Ahora bien, sobre estas sumas a cargo de TELEFONICA declaró la doctora Flor Angela Castro en el presente proceso que como consecuencia de lo manifestado por el concesionario, la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio, reconoció que efectivamente el operador tenía razón en parte de sus argumentos y dejó sin efecto dos de los tres hallazgos que en su momento habían dado, por lo que se mantiene un cargo de \$617.351.000. Sin embargo también precisó que en la fecha de su declaración no se había radicado el documento final sobre este aspecto, por lo que el asunto no está decidido.

De esta manera no existe certeza sobre todos los elementos que deberían considerarse al momento de la liquidación del contrato, por lo que se negará la pretensión 2.1 en la que se solicita la liquidación judicial de los contratos. En todo caso se señala que en la liquidación del contrato deberán incluirse las condenas contenidas en el presente laudo.

8 INTERESES

En la pretensión 6.1 de la Demanda se solicitó:

“Que sobre los montos de la condena que imponga el Tribunal, se condene a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP y a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., en lo que a cada uno corresponda, los respectivos intereses moratorios, desde la fecha del laudo hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Asimismo, la condena se actualizará de acuerdo con el índice de precios aplicable, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.”

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, los intereses moratorios se deben en caso de mora en el cumplimiento de una obligación dineraria. El artículo 1608 del Código Civil, dispone que la mora supone que se presenten uno de los siguientes supuestos: que no se haya cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; que la cosa no haya podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo haya dejado pasar sin darla o ejecutarla, o

que el deudor haya sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Ahora bien, en todo caso debe precisarse que para se causen intereses es menester que la obligación sea líquida, pues sólo en tal caso puede reprocharse al deudor que no haya pagado oportunamente la obligación.

En este sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, reiterando jurisprudencia anterior²¹¹:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida’ (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J.T.XXXVIII, pag. 128).”

Así mismo ha dicho²¹² la Corte Suprema que “En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in illiquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria”.

De la misma manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho²¹³:

“71.3. Se observa que la demandante pidió que se condenara a la demandada al pago de intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 del C. de Co., los cuales, a juicio de la Sala, resultan improcedentes, toda vez que los intereses moratorios constituyen la indemnización de perjuicios a que tiene derecho el acreedor de una obligación dineraria incumplida, que no es el caso en el sub-lite, toda vez que la obligación de pagar la suma de dinero a cargo de la entidad demandada, surge con ocasión de la presente providencia y en virtud de la condena que aquí se proferirá en su contra, razón por la cual no puede hablarse de mora en el pago de dicha obligación.”

De esta manera, no es posible condenar al pago de intereses moratorios a partir de la fecha del laudo que impone la condena, pues la obligación líquida en este caso surge del laudo. A este respecto debe tenerse en cuenta el artículo 305 del Código General del Proceso que dispone:

“ARTÍCULO 305. PROCEDENCIA. *Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el*

²¹¹ Sentencia del 10 de junio de 1995 (expediente 4540. G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, págs. 49 y ss.)

²¹² Sentencia del 27 de agosto de 2008 (expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01). En el mismo sentido sentencia del 9 de noviembre de 2004 (Referencia: Expediente No. 12789).

²¹³ Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Referencia: Expediente No. 27593.

²¹³ Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Referencia: Expediente No. 27593.

efecto devolutivo.

Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, este solo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquella o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición solo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de esta.”

Así las cosas, debe condenarse a las sociedades convocadas pagar los intereses moratorios previstos en la ley comercial, a partir del vencimiento del plazo que se fije para el pago de la condena.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no pueden acumularse los intereses y la corrección monetaria²¹⁴.

C. En este orden de ideas, puede afirmarse que si el deudor de una obligación mercantil de naturaleza dineraria, está obligado –ope legis- a pagar intereses en caso de mora (art. 65, Ley 45 de 1990); si ese deudor, por mandato de la ley, debe reconocerle a su acreedor una tasa de interés, la cual, como se anotó, cubre la desvalorización de la moneda, debe concluirse que, tratándose de dichas obligaciones, el legislador, por vía de los intereses, consagró un mecanismo de indexación indirecta –o refleja- que excluye la posibilidad de reclamar un reajuste complementario o de prohiar un camino diferente para el reconocimiento de la corrección monetaria, como sería, por vía de ejemplo, la actualización del valor originario, para aplicar sobre el resultado una tasa de interés pura, toda vez que las vías indirectas de indexación “no operan para producir la ‘repotenciación’ de una ‘suma determinada’ histórica, sino que concretan cierta expresión en moneda actual”²¹⁵. Y como la modalidad adoptada por el legislador comercial para ajustar las obligaciones dinerarias en caso de mora del deudor, privativamente fue la de los intereses, no es posible, ad libitum, acudir a otra metodología, a pretexto de ser más decantada o diferente el resultado aritmético, de suerte que el juzgador, por su específica naturaleza imperativa, no puede soslayar la preceptiva legal para transitar, en el punto, por un sendero trazado a su talante, como quiera que “la revalorización del crédito...no debe hacerse matemática e indiscriminadamente, pues se corre el peligro de caer en graves injusticias sociales”²¹⁶, a fortiori, cuando se tiene establecido, a modo de inquebrantable criterio rector, que cuando se reconocen intereses se está igualmente actualizando la suma primigeniamente adeudada (cas. civ. de

²¹⁴ Sentencia del 19 de noviembre de 2001 Ref: Expediente No. 6094.

²¹⁵ Atilio Anibal Alterini. Nominalismo, inflación y tasa de interés. En Responsabilidad Civil. Medellín. Dike. 1995. Pág. 395.

²¹⁶ Acdeel Ernesto Salas. Problemática jurídica de la desvalorización. En Ajuste de Obligaciones por depreciación monetaria. Montevideo. Acali. 1977. Pág. 172.

24 de enero de 1990, CC, pág 22; cas. civ. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, pág. 911, entre otros).

Esta ha sido, cumple memorarlo, la doctrina prevalente de la Corte, con arreglo a la cual se ha precisado que, cuando se trata de intereses legales de carácter mercantil, la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. de 30 de mayo de 1996, CCXL, pág. 707), pues aquella refleja el promedio de las tasas que en un determinado período cobran los bancos a sus clientes en las operaciones activas de crédito, las que comprenden, “por sobre el denominado costo financiero estricto, un precio justo que al segundo –el banco- le permita cubrir sus expensas operativas, crear reservas para hacerle frente a los riesgos en los que la depreciación monetaria juega sin duda un papel preponderante y obtener, en fin, un razonable aprovechamiento empresarial” (se subraya; cas. civ. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, pág. 910). De ahí, entonces, que no sería “justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada” (cas. civ. de 24 de enero de 1990; CC, pág. 22. Vid: CCVIII, pág. 418; cas. civ. de mayo 3 de 2000; exp: 5360).

Adicionalmente la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado²¹⁷:

“Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que “en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles”²¹⁸, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.”²¹⁹

Así mismo la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho²²⁰:

Como se puede apreciar, el Código de Comercio en el artículo 884 reproducido, indica que en los negocios mercantiles el pago de réditos de un capital cuando las partes no hubiesen pactado el interés, éste será el

²¹⁷ Concepto del 9 de agosto de 2012 (Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106))

²¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173.

²¹⁹ Ver: Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 22 de octubre de 1999, Radicado No.949/99 y Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia del 1° de abril de 2004. Expediente. 1998-0159.

²²⁰ Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)

bancario corriente, o sea aquel que surge del promedio cobrado por los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria (ahora Financiera), cuya fórmula de cálculo contiene el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, de manera que excluye la actualización de la suma adeudada, porque la tasa remuneratoria o la moratoria, según el caso, incluye ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma, y de acuerdo con la jurisprudencia y la norma citada (art. 884 C Co.), no es posible que se reconozcan los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora además de la corrección monetaria, puesto que las tasas de las mismas ya aparejan la indexación de la moneda.”

De esta manera de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia no es posible condenar al pago de intereses moratorios comerciales y la actualización monetaria, porque aquellos incluyen un componente de actualización.

A la luz de lo anterior es claro que se debe negar el pago de la actualización.

9 COSTAS

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.*”²²¹

El presente proceso se sujeta a la Ley 1563 de 2012, la cual no contiene reglas en materia de costas y agencias, por lo cual en razón del vacío normativo y virtud de lo previsto por el artículo 1º del Código General del Proceso, debe aplicarse este último estatuto, el cual además es aplicable en materia contencioso administrativa de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En esta materia el artículo 365 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

²²¹ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

“2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...).”

Teniendo en cuenta los criterios legales, para efectos de la decisión que ha de adoptarse sobre esta materia, se observa, en primer lugar, que en materia de condenas el Tribunal ha concluido que prospera la pretensión subsidiaria No. 4. Como se expuso en otro aparte del Laudo, el Tribunal concluyó que no podía prosperar la pretensión 3.1, por la cual se solicitaba se condenara a las Demandadas a pagar el equivalente económico de los elementos y bienes directamente afectados a las concesiones durante la totalidad de la ejecución contractual, por lo que debía accederse a la pretensión subsidiaria que tiene un menor alcance.

Desde esta perspectiva es claro que la Demanda prospera parcialmente.

Por otra parte, si se analiza el monto de la condena que se impone se advierte que en la Demanda se indicó que el proceso tenía cuantía indeterminada por cuanto la demandante desconocía el valor de los bienes y equipos afectados a la prestación del servicio, cuya reversión el Ministerio pretende, por cuanto estos se encuentran bajo el dominio de las sociedades convocadas. Asimismo afirmó que no podía estimar el valor de los mismos para efectos de la pretensión de pago del equivalente económico pues *“para ello debe identificarse primero el universo de bienes afectos a las concesiones para luego entrar a hacer su valoración, tarea encomendada al perito cuya designación se solicita con la demanda”*.

De acuerdo con lo indicado por la parte convocante es claro que el monto de las pretensiones habría de definirse con el dictamen pericial financiero que el Tribunal decretó.

Ahora bien, en el dictamen rendido por la firma Valora Consultoría SAS se presentaron diversos escenarios de valoración, algunos de los cuales partían de los supuestos indicados por la Demandante, en tanto que otros correspondían a alternativas técnicas planteadas por el perito.

A este respecto se advierte que el monto de la condena impuesta en este Laudo no es el que corresponde al escenario en el cual el perito adoptó todos los supuestos planteados por la Demandante, que es el más alto de los planteados por el perito y que el Tribunal entiende corresponde a la totalidad de lo que se pretendía obtener con la Demanda.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que hay una prosperidad parcial de la demanda y en tal virtud no considera que proceda la imposición de condena en costas.

V. PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal Arbitral constituido para resolver en derecho las controversias suscitadas entre La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como parte demandante, y las sociedades Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como demandadas, administrando justicia en nombre la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes, en decisión unánime,

RESUELVE:

Primero: Negar las excepciones propuestas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP bajo la denominación: *“Caducidad de la acción”; “Prescripción”; “Ausencia de derecho a obtener una reversión sobre bienes distintos del espectro”; “Ausencia de derecho a obtener una reversión con el alcance indicado por La Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” y “Derecho a una Compensación”.*

Segundo: Negar las excepciones propuestas por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. bajo la denominación: *“Cosa Juzgada de las diferencias surgidas entre Mintic y Comcel”; “Cumplimiento del contrato. Lo único que debía revertir Comcel era el espectro radioeléctrico”; “Indebida interpretación de la Corte Constitucional”; “Reversión exclusiva del espectro radioeléctrico a cargo de Comcel, por interpretación de la cláusula 33 de los contratos”; “Error comunis facit ius”; “Violación al régimen de buena fe y confianza legítima”; “La obligación de Comcel bajo los contratos obligaban (sic) a revertir -antes del cambio legislativo-exclusivamente lo relacionado a la infraestructura para la transmisión de voz desde la estación móvil hasta la estación base y viceversa dentro del Plan Mínimo de Expansión”; “La reversión pretendida por la convocante ... implicaría un desequilibrio económico del contrato”, e “Inexistencia de daños y perjuicios”.*

Tercero: Declarar que prosperan las excepciones propuestas por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. bajo la denominación *“Inexistencia de obligación de dar los bienes empleados para el pago del precio del espectro adicional entregados en las modificaciones al contrato del 30 de diciembre de 2004” y “La reversión pretendida por la convocante es técnicamente imposible...”*, con el alcance que se señaló en la parte motiva.

Cuarto: Declarar que la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA-REVERSIÓN de los Contratos de Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular números 000001, 000002 y 000003, 000004, 000005 y 000006 de 1994, celebrados por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, cuyas obligaciones recaen hoy en cabeza de las compañías COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. y

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento para los respectivos operadores celulares mencionados, conforme se establece en los referidos contratos y el ordenamiento legal colombiano. Por consiguiente prospera la pretensión 1.1. de la Demanda.

Quinto: Negar las pretensiones 1.2, 1.3, 1.4, 1.5., 2.1., 3.1, 5.1., 5.2., 5.3., 5.4., 5.5., 5.6, 5.7., 5.8., 6.1. parcialmente en lo referido a la actualización de acuerdo con el índice de precios aplicable y 6.2 de la Demanda.

Sexto: Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES la suma de un billón seiscientos cincuenta y dos mil novecientos ochenta y un millones de pesos M/cte (\$1.652.981.000.000). Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda.

Séptimo: Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES la suma de tres billones ciento cincuenta y cinco mil cuatrocientos treinta y dos millones de pesos M/cte (\$3.155.432.000.000). Por consiguiente prospera la pretensión 4 de la Demanda.

Octavo: Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley sobre el monto a que se refiere el numeral sexto de la parte resolutive de esta providencia, intereses que se causarán a partir del vencimiento de un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo y hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Se niega la solicitud de actualización de esta condena.

Noveno: Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar al MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la ley sobre el monto a que se refiere el numeral séptimo de la parte resolutive de esta providencia, intereses que se causarán a partir del vencimiento de un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo y hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente. Se niega la solicitud de actualización de esta condena.

Décimo: Abstenerse de imponer condena en costas.

Undécimo: Declarar causado el cincuenta por ciento restante de los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por consiguiente, las partes expedirán los respectivos certificados de las retenciones practicadas a nombre de cada uno de los árbitros y de la secretaria. El Presidente hará los pagos respectivos, previo cumplimiento de lo dispuesto respecto de la Contribución Especial Arbitral creada por la ley 1743 de 2014 y por la ley 1819 de 2016.

Duodécimo: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Decimotercero: En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

Decimocuarto: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase

Dado en Bogotá, a los veinticinco (25) días del mes de julio de dos mil diecisiete.

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO
Árbitro

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria

ÍNDICE

	PÁG.
I. ANTECEDENTES	1
1. PARTES Y REPRESENTANTES	1
1.4. PARTE DEMANDANTE	1
1.5. PARTE DEMANDADA	2
1.6. OTROS INTERVINIENTES	2
2. EL PACTO ARBITRAL	3
3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	3
4. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES	4
4.1. PRETENSIONES	4
4.2. HECHOS	8
4.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	30
4.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	31
II. ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES	32
1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	32
2. ETAPA PROBATORIA	32
2.1. PRUEBAS DOCUMENTALES	32
2.2. DICTÁMENES PERICIALES	32
2.3. EXPERTICIA	33
2.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS	33
2.5. TESTIMONIOS	34
2.6. INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO	35
2.7. OFICIO	36
2.8. OTRAS PRUEBAS DECRETADAS POR EL TRIBUNAL	36
3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	36
III. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	36

VI.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	37
1.	PRESUPUESTOS PROCESALES	37
3.1	LA CADUCIDAD	38
3.2	COSA JUZGADA	39
3.3	CONCLUSIÓN	40
2.	PRETENSIONES RELATIVAS A LA REVERSIÓN	40
2.1.	LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	40
2.2.	LA POSICIÓN DE LAS PARTES, LA AGENCIA Y EL MINISTERIO PÚBLICO	42
2.2.1.	La posición del Demandante	42
2.2.2.	La posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	50
2.2.3.	La posición de las Demandadas	59
2.2.3.1.	Posición de Telefónica	59
2.2.3.2.	Posición de Comcel	62
2.2.4.	El concepto del Ministerio Público	69
2.3.	EL CONCEPTO DE REVERSIÓN MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL	71
2.3.1.	Antecedentes	71
2.3.2.	El objeto de los Contratos y la cláusula Trigésima Tercera	76
2.3.3.	La vigencia de la cláusula de reversión	80
2.3.3.1.	La situación del contrato con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998	80
2.3.3.2.	La situación posterior a la Ley 1341 de 2009	93
2.3.4.	El alcance de la cláusula de reversión	95
2.3.4.1.	Los bienes llamados a revertir	141
2.3.4.2.	La fecha que debe tomarse para determinar los activos a revertir.	142
2.3.4.3.	La incidencia del Plan Mínimo de Expansión y el plan de cobertura de vías.	142
2.3.4.4.	La reversión y las frecuencias utilizadas para transmitir a la red.	148

2.3.5.	La reversión y la asignación de frecuencias adicionales a cambio de una obligación de hacer	150
2.3.6.	La reversión y la asignación de espectro adicional para servicios móviles terrestres	150
2.3.7.	La reversión y los bienes previsibles al celebrar el contrato	154
2.3.8.	La reversión, el servicio de voz y los servicios de valor agregado	161
2.4.	CONCLUSIONES	173
3.	LA RESTITUCIÓN DE ACTIVOS INSTALADOS PARA CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE HACER PARA PAGAR ESPECTRO ADICIONAL	174
3.5	POSICIÓN DE LA DEMANDANTE	176
3.6	POSICIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	176
3.7	POSICIÓN DE LAS DEMANDADAS	177
3.8	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	177
4.	LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS	185
4.1.	DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	185
4.1.1.	Posición de Comcel	185
4.1.2.	Posición de Telefónica – La excepción denominada “Derecho a una Compensación”.	186
4.1.3.	Posición de la demandante	187
4.1.4.	Consideraciones del Tribunal	188
4.2.	PRESCRIPCIÓN	196
4.2.1.	Posición de Telefónica	196
4.2.2.	Posición de la Demandante	196
4.2.3.	Consideraciones del Tribunal	196
4.3.	ERROR COMMUNIS FACIT IUS	198
4.3.1.	Posición de Comcel	198
4.3.2.	Posición de la demandante	199
4.3.3.	Consideraciones del Tribunal	199

4.4.	PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA	202
4.4.1.	Posición de las Demandadas	202
4.4.2.	Posición de la Demandante	204
4.4.3.	Consideraciones del Tribunal	205
4.5.	VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE BUENA FE - VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO QUE PROHÍBE VOLVER CONTRA LOS PROPIOS ACTOS	215
4.5.1.	Posición de Comcel	215
4.5.2.	Posición de la Demandante	216
4.5.3.	Consideraciones del Tribunal	216
4.6.	INEXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS	221
4.6.1.	Posición de Comcel	221
4.6.2.	Posición de la Demandante	221
4.6.3.	Consideraciones del Tribunal	221
5.	LA CONTRADICCIÓN DE LOS DICTÁMENES PERICIALES	221
5.1.	LAS OBSERVACIONES DE COMCEL	222
5.1.1.	Observaciones al dictamen pericial técnico practicado en el proceso	222
5.1.2.	Observaciones al dictamen pericial financiero y contable de la firma Valora	226
5.2.	OBSERVACIONES A LOS DICTÁMENES POR PARTE DEL PERITO DE TELEFÓNICA	230
5.3.	EL PERITAJE PRESENTADO POR LA DEMANDANTE	237
6.	LA VALORACIÓN DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO PARA LA NACIÓN	238
7.	LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO	247
7.1.	POSICIÓN DE LA DEMANDANTE	247
7.2.	POSICIÓN DE TELEFÓNICA	250
7.3.	POSICIÓN DE COMCEL	252
7.4.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	252
8.	INTERESES	255
9.	COSTAS	259
VII.	PARTE RESOLUTIVA	261